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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2023

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

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

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

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. 2/2023

SOMMARIO

1. **La polémica configuración del régimen de la notificación electrónica en España.**
di Lidia Garcia Martin ……pag. 404

2. **Cooperazione in materia migratoria tra unione europea e paesi africani: una leadership per il Marocco?**
di Gian Maria Piccinelli……..pag. 437

3. **Le pubbliche amministrazioni e il diritto all'oblio.**
di Luigi Ferrara e Francesco Rota……..pag. 455

4. **La progressiva affermazione del principio di trasparenza nel settore tributario: il contributo dell'Adunanza Plenaria.**
di Laura Lamberti……..……..pag. 476

5. **L'arbitrato sportivo e la funzione nomofilattica della Corte Arbitrale per lo Sport.**
di Fabio Zambardino……..pag. 493

6. **Le origini del diritto amministrativo nelle autonomie politiche medievali.**
di Mario Conetti……..pag. 524

ISSN 2036-7821

7. **European sport framework from a taxation and fiscal angle. New possible scenarios Europe.**
di Filippo Luigi Giambrone……pag. 552

8. **Dimensioni e misurazione della colpa nella responsabilità erariale.**
di Massimiano Sciascia ……..pag. 599

9. **Sullo stato dell'arte della tutela della proprietà intellettuale in internet (e gli interessi oggetto di protezione) a seguito del recepimento della Direttiva copyright.**
di Giuseppe Doria…….pag. 612

10. **Protezione dei dati personali post mortem, tra ereditarietà e trasmissibilità.**
di Filippo Lorè……pag. 646

11. **L'autonomia e l'indipendenza dell'avvocato, organo essenziale della funzione giurisdizionale, messa in crisi dalla prassi forense in tema di partecipazione del munus ad attività imprenditoriali.**
di Giovanni Pasceri……pag. 666

12. **L'esposizione precoce alla cultura dell'integrità come strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione.**
di Valentina Maria Donini……pag. 691

13. **Porti franchi e Zes: della mitologia e dei rischi di utilizzo improprio di una categoria di istituti vagamente definita e camaleontica.**
di Salvatore Villani……pag. 707

ISSN 2036-7821

14. **Sull'applicabilità del rito sul silenzio in tema di accesso civico generalizzato.**
di Bruno Mercurio ……pag. 762

15. **Funzione consultiva del consiglio di stato e attualità del sistema di giustizia amministrativa. Brevi notazioni.**
di Giuliano Taglianetti……pag. 841

16. **Inerzia amministrativa e potere sostitutivo nelle relazioni intersoggettive.**
di Sveva Bocchini……pag. 857

17. **Piattaforma di Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico: il raccordo dei flussi informativi per i servizi sanitari digitali alla luce delle nuove linee guida.**
di Giuseppina Lofaro……pag. 892

18. **Diritto alla privacy e accesso agli atti del fascicolo telematico processuale da parte di terzi-giornalisti: quo vadis Italia?.**
di Alessandra Amore……pag. 919

19. **Cybersecurity, sicurezza nazionale e trattamento dei dati personali.**
di Marta Maurino……pag. 939

20. **Parità di genere nel reclutamento del personale delle forze armate. Commento a Cons. Stato, Sez. II, Sent. n. 8578 del 2021.**
di Salvatore Palumbo……..pag. 973

ISSN 2036-7821

21. La disciplina giuridica delle banche pubbliche residue: il caso dell'Istituto per il Credito Sportivo (ICS).
di Roberta Lo Conte……pag. 995

22. Brevi riflessioni sulla discrezionalità nel procedimento di acquisto della cittadinanza e sul ruolo del Giudice Amministrativo quale presidio rispetto ad un corretto esercizio del potere.
di Francesco Muzj……..pag. 1010

23. Provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto Brevi riflessioni sul relativo riparto di giurisdizione.
di Nicolina Fontana……..pag. 1030

24. Tendenze evolutive del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo.
di Mario Paladino……..pag. 1060

25. Note in tema di ricomposizione dei rapporti concessori.
di Pasquale La Selva……..pag. 1107

26. La regolamentazione del potere di disporre del segreto di Stato.
di Lorenzo Marilotti……..pag. 1134

27. I decreti salva-banche: dal diritto delle risoluzioni bancarie al diritto globale dell'emergenza?
di Pierre de Gioa Carabellese e Camilla Della Giustina……..pag. 1179

28. I limiti nell'utilizzo delle decisioni automatizzate e la legalità algoritmica.
di Cinzia Dardano……pag. 1211

ISSN 2036-7821

29. Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'11 aprile 2023 (Case of Simonova v. Bulgaria).
di Lorenzo Bruno Molinaro…….pag. 1225

30. Il giudice competente sul rimborso delle spese di lite in favore dell'imputato assolto con formula piena.
di Giovanni Samuele Foderà……pag. 1241

31. Nota alla sentenza corte di giustizia ue n. c. 348/2022 del 20.04.2023.
di Linda Giovanna Vacchiano…….pag. 1259

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La polémica configuración del régimen de la notificación electrónica en España

di Lidia García Martín

(Profesora Ayudante de Derecho Administrativo de la Universidad de León)

Sommario

1. La preferencia por la notificación administrativa electrónica. 1.1. Procedimientos iniciados a instancia de parte. 1.2. Procedimientos instados de oficio. 1.3. Excepciones a la preferencia por la notificación electrónica. 2. Cauces válidos para la práctica de la notificación electrónica. 2.1. La comparecencia en la sede electrónica. 2.2. La dirección electrónica habilitada única. 2.3. La viabilidad del correo electrónico como cauce para la práctica de la notificación. 3. Algunas cuestiones conflictivas planteadas por la práctica de la notificación electrónica. 3.1. El supuesto de incidencia técnica. 3.2. El rechazo de la notificación electrónica. 3.3. El régimen jurídico de los avisos en las notificaciones electrónicas. 3.4. La doble notificación administrativa. 3.5. La sucesión de personas físicas o jurídicas en materia de notificación. 4. Conclusiones.

Abstract

The importance of administrative notification is significant in that it is configured as a guarantee for both the Administration and the citizens, given that it allows the latter to gain knowledge of the act that affects them and to react against it, making the effectiveness and finality of the administrative act depend on the validity of the notification.

In Spain, Law 39/2015, of October 1st, on Common Administrative Procedure, establishes the preference of electronic notification, making its practice compulsory when directed to certain groups. This study analyses the legal implications that the current framework may generate in terms of the rights of citizens in their relations with public administrations using electronic means.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. La preferencia por la notificación administrativa electrónica.

La notificación administrativa constituye una garantía tanto para la Administración como para los administrados. De un lado, para los administrados, porque les permite conocer exactamente el acto que les afecta y reaccionar, en su caso, contra él y, de otro, para la Administración, porque de la notificación depende la eficacia y la firmeza del acto si no es recurrido en plazo[1].

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) establece la notificación electrónica como el medio preferente en las relaciones entre las Administraciones y los ciudadanos, por cuanto su art. 41.1 determina que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía[2]. Impone, en consecuencia, la notificación por medios electrónicos como el medio preferente e, incluso, obligatorio para aquellos sujetos a los que se impone la relación telemática obligatoria con la Administración[3]. En todo caso, el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 21 de noviembre de 2022 ha reconocido que es posible sostener la validez de la notificación practicada en papel a un obligado que ha admitido otras notificaciones por esta misma vía sin formalizar protesta, lo que supone su aceptación implícita, calificándose como mera irregularidad no invalidante[4].

---

[1] Da buena cuenta sobre el particular, L. MARTÍN REBOLLO, «Las Administraciones públicas ante el ordenamiento jurídico sobre la actividad de las Administraciones públicas», en L. MARTÍN REBOLLO, *Manual de las leyes administrativas*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 722 y ss.

[2] Sobre las consecuencias de la presentación de la notificación en formato papel por un obligado a la relación telemática, el TS ha admitido a trámite sendos recursos de casación relativos a la interpretación de los arts. 14.2 y 41.1 de la LPAC. Al respecto, vid. los Autos de 14 de julio de 2021, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, ECLI:ES:TS:2021:9737A; de 14 de julio de 2021, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, ECLI:ES:TS:2021:9959A; de 8 de septiembre de 2021, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), ECLI:ES:TS:2021:10855A; de 15 de septiembre de 2021, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), ECLI:ES:TS:2021:10957A; de 15 de septiembre de 2021, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), ECLI:ES:TS:2021:10996A; y de 27 de octubre de 2021, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), ECLI:ES:TS:2021:14239A.

[3] A saber:

a) Las personas jurídicas.

b) Las entidades sin personalidad jurídica.

c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.

d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.

e) Los empleados de las Administraciones públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

[4] Sentencia 1540/2022, de 21 de noviembre de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), ECLI:ES:TS:2022:4155. En igual sentido, vid. las Sentencias 1522/2022, de 18 de noviembre de 2022 (Sala de lo

ISSN 2036-7821

Conviene apuntar que existen dos fases en el proceso de notificación. De un lado, cursar la notificación, mediante la puesta a disposición del administrado del acto administrativo objeto de notificación en el plazo de diez días[5] y, de otro lado, su práctica, de acuerdo con el art. 43.1 de la LPAC por medio de comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única (en adelante, DEHú) o mediante una combinación de ambos sistemas[6]. De tal manera que, como reconoce la Sentencia 78/2020, de 24 de enero, del TSJ de Andalucía[7]:

«con carácter general, si se cumplen todos los requisitos legales antes señalados sobre las notificaciones, el acto notificado o publicado será eficaz y desplegará todos sus efectos desde la fecha en que aquella se hubiera practicado. Ahora bien, como ha señalado de forma reiterada el TS, si la notificación o publicación no cumple todos los requisitos legales, será defectuosa. Si el defecto consiste en no haberse cursado en el plazo de diez días, la notificación será irregular, pero el acto notificado producirá todos sus efectos. En los demás casos, la notificación defectuosa será nula y, por tanto, el acto notificado o publicado no producirá los efectos que le son propios»[8].

Ha de hacerse notar, asimismo, que recibirán notificaciones administrativas electrónicas no solo los sujetos obligados a relacionarse por esta vía sino también aquellos interesados que hayan establecido este medio como el cauce habitual de comunicación con la Administración[9]. No obstante, los no obligados al empleo de medios electrónicos podrán optar, en todo momento, porque se les notifique en papel o por vía electrónica. Así se deduce de la previsión del art. 41.1 b) segundo párrafo de la LPAC que determina que «los interesados que no estén obligados a recibir notificaciones electrónicas podrán decidir y comunicar en cualquier momento a la Administración pública, mediante los modelos normalizados que se establezcan al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por

---

Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), ECLI:ES:TS:2022:4156 y 1654/2022, de 14 de diciembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), ECLI:ES:TS:2022:4549.

[5] N. ANGULO GARZARO, *et. al.* «La audiencia en el procedimiento administrativo común: el efecto del rechazo…», *op. cit.*, Por su parte, X. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y J. ÁLVAREZ BARBEITO, reconocen que «existe, por lo tanto, una identificación con la acción material de «elaborar, redactar, suscribir y gestionar los trámites necesarios» para incluir las notificaciones en las herramientas disponibles para la «práctica» de la notificación» («Sobre las notificaciones electrónicas en la Ley estatal…», *op. cit*). Al respecto vid. la Sentencia 1674/2019, de 4 de diciembre, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª), ECLI:ES:TS:2019:3883.

[6] Nótese, por tanto, en expresión literal de X. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y J. ÁLVAREZ BARBEITO, que «ambos pasos del proceso de notificación están íntimamente ligados entre sí, de tal forma que la práctica de la notificación se realizará correctamente cuando aquella se curse con las consideraciones previstas en el artículo 40.2 de la LPAC» («Sobre las notificaciones electrónicas en la Ley estatal…», *op. cit*).

[7] Sentencia 78/2020, de 24 de enero, del TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), ECLI:ES:TSJAND:2020:5927.

[8] FJ 2 de la Sentencia 78/2020, de 24 de enero, del TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), ECLI:ES:TSJAND:2020:5927.

[9] Art. 41.1 párrafo 4º de la LPAC.

ISSN 2036-7821

medios electrónicos»[10]. Esta previsión comporta, siguiendo a CERRILLO I MARTÍNEZ, «una gran complejidad para las Administraciones públicas, que deberán establecer, en la tramitación de todos los expedientes, los mecanismos para que esta libertad de elección del medio de notificación sea efectiva»[11].

El art. 41.1 de la LPAC reconoce la misma posibilidad en relación con la práctica de la notificación, que la prevista con carácter más general en el art. 14.3 de la LPAC para el curso del procedimiento administrativo telemático, de tal manera que permite que las Administraciones públicas establezcan por vía reglamentaria la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones para determinados procedimientos en relación con ciertos colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos se considere acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. Sin duda, dicha previsión adolece, en expresión de MEDALLO RUIZ «de una evidente falta de rigor y seguridad, aun desde la reconocida opción de la Ley, trasladada aquí al ámbito de las notificaciones de los actos, de impulsar -o imponer- decididamente el uso de los medios electrónicos para facilitar la rapidez, agilidad y ahorro de costes de las comunicaciones de la Administración con los interesados»[12].

Mayor complejidad presenta, en cambio, la preceptividad de la notificación telemática respecto de los sujetos no obligados a relacionarse telemáticamente con la Administración que no hayan establecido este medio como cauce habitual. Parte de la doctrina considera que la preferencia de la práctica de la notificación electrónica se extiende también a estos sujetos siempre que lo consientan y en tanto no manifiesten a la Administración, a través de los formularios normalizados establecidos al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicar por medios electrónicos[13].

---

[10] En expresión de I. MARTÍN DELGADO, «nótese que se deja en manos de la Administración la concreción del medio para permitir el ejercicio de una facultad de los ciudadanos» («Una panorámica general del impacto de la nueva ley…», *op. cit.*, p. 183).

[11] A. CERRILLO I MARTÍNEZ (coord.), *et. al. A las puertas de la administración digital: Una guía detallada para…*, *op. cit.*, p. 234.

[12] L. MELLADO RUIZ «De los actos administrativos: su eficacia y validez», en H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común…*, *op. cit.*, pp. 192 y ss.

[13] En expresión de G. FERNÁNDEZ FARRERES, «la notificación en papel sólo será posible cuando, no siendo obligatoria la notificación electrónica, el interesado expresamente haya comunicado a la Administración su decisión de que las notificaciones que le sean practicadas a través de ese otro medio más tradicional». En consecuencia, este autor reconoce que esta previsión «es una apuesta decidida por la utilización de medios electrónicos en las relaciones de las Administraciones con los ciudadanos y entre ellas mismas, tratando de sustituir la tradicional notificación en papel por los actuales medios electrónicos de comunicación» (*Sistemas de Derecho Administrativo…*, *op. cit.*, pp. 916 y ss). Para X. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y J. ÁLVAREZ BARBEITO el legislador de la LPAC «establece como regla general para la práctica de las notificaciones la preferencia de los medios electrónicos, pero condicionándola a que el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía o haya optado por la misma» («Sobre las notificaciones electrónicas en la Ley estatal…», *op. cit*).

ISSN 2036-7821

En cambio, otro sector doctrinal es más partidario de la tesis que afirma que la previsión del art. 41.1 de la LPAC no deja de ser, en expresión de MARTÍN DELGADO, una simple declaración programática configurada como una opción del ciudadano no obligado a relacionarse telemáticamente con la Administración. De tal manera que dicha previsión será vinculante para la Administración cuando el ciudadano opte por ese medio[14]. En concreto, será a través de los modelos normalizados que se establezcan al efecto, la vía a través de la cual el interesado manifestará su voluntad de que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicar por medios electrónicos[15].

1.1. Procedimientos iniciados a instancia de parte.

El art. 41.3 de la LPAC determina que la notificación en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado será electrónica en los casos en los que exista obligación de relacionarse telemáticamente con la Administración, practicándose por el medio designado por el interesado en el resto de los casos. Nótese, por tanto, que se mantiene el derecho de los ciudadanos a la notificación en papel, pese a la preferencia por la notificación telemática[16]. En los casos en los que se practique por medios electrónicos se parte de la tesis de que el destinatario de la notificación es consciente, bien por voluntad manifestada en la solicitud del interesado bien por obligación legal, de que la notificación se efectuará a través de estos medios.

En los que no sea posible practicar la notificación en el lugar señalado por el interesado, deberá practicarse en cualquier lugar adecuado a tal fin y por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

1.2. Procedimientos instados de oficio.

La LPAC se olvida del supuesto en el que es la propia Administración la que de oficio notifica a un obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración que, por diferentes motivos, no dispone de una dirección electrónica habilitada (en adelante, DEH). En estos casos, el anteriormente vigente art. 38.3 del RD 1671/2009, de 6 de noviembre, establecía que era la Administración la que, de oficio, procedería

[14] En definitiva, en expresión de I. MARTÍN DELGADO «la preferencia no es tal desde esta perspectiva, porque no hay margen decisorio para la Administración actuante respecto del medio para la práctica de la notificación» («La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva ley de procedimiento…», *op. cit.*, p. 69). En igual sentido, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo…*, *op. cit.*, p. 555.

[15] M.ª C. CAMPOS ACUÑA considera que dicha previsión «no deja de plantar problemas aplicativos en torno a la utilización que de ella y con mala fe, puedan realizar los respectivos interesados, para dificultar la efectiva notificación mediante la continua alteración del formato» («El procedimiento administrativo electrónico en la Ley 39/2015», en J. PINTOS SANTIAGO (dir.), *La implantación de la Administración electrónica y de la e-factura*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 132 y ss).

[16] J. FONDEVILA ANTOLÍN, «La obligación de utilización de medios electrónicos en los procesos selectivos…», *op. cit.*, p. 91.

ISSN 2036-7821

a la apertura de la DEH y a la práctica de la notificación por ese medio[17]. Ahora la LPAC guarda silencio al respecto[18].

Ha de hacerse notar que las consecuencias que se derivan son, cuando menos, jurídicamente cuestionables, por cuanto se genera una notable inseguridad jurídica al administrado dado que será notificado sin ser consciente, pues desconoce el cómo, dónde y por qué de una posible notificación, lo que pone en tela de juicio la tutela efectiva de sus derechos e intereses dada la situación de indefensión a la que se le relega[19]. El problema se agrava si se tiene en cuenta la posibilidad legal de la que dispone la Administración de practicar la notificación también por este medio respecto de los no obligados a la relación telemática, habida cuenta de la preferencia de la notificación electrónica[20]. En este último caso la norma no determina cuándo debemos entender que la notificación ha resultado infructuosa.

Esto se solventa *a priori*, como se explicará con detalle *infra*, con la previsión del art. 41.6 de la LPAC que prevé el envío obligatorio de avisos al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que este haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo correspondiente o en la DEHú. Cualquier aspiración

[17] Así se reconoce en la Sentencia 66/2022, de 28 de enero, del TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª), ECLI:ES:TSJGAL:2022:648 al acreditarse que el 9 de octubre de 2012 se notificó a la mercantil SADAGER su inclusión obligatoria en el sistema de DEH y asignación de la misma para la práctica de notificaciones y comunicaciones por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, mientras que los actos objeto de recurso de reposición fueron notificados el día 10 de octubre de 2017 (liquidación provisional sociedades 2015) y el 24 de enero de 2018 (sanción por infracción tributaria sociedades 2015), una vez puesto a disposición de la entidad recurrente en el buzón electrónico asociado a su DEH en el servicio de notificaciones electrónicas, sin que la demandante hubiese accedido a su contenido, finalizando el plazo para interponer el recurso de reposición el día 10 de noviembre de 2017 y el 26 de febrero de 2018, al ser inhábil el día 24 y 25 de febrero de 2018. Como quiera que los recursos de reposición fueron interpuestos el día 10 de abril de 2018 y 22 de marzo de 2018, respectivamente, una vez transcurrido el preclusivo plazo de un mes, los mismos devinieron extemporáneos por lo que la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia se ajusta plenamente a Derecho.

[18] De hecho, E. M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN, opina que «todo apunta a que en estos supuestos podría la Administración -o incluso debería según la norma-, practicar esas notificaciones electrónicamente, con la dificultad de que en tal supuesto el destinatario conozca realmente esa notificación» («El procedimiento administrativo electrónico…», *op. cit.*, p. 678).

[19] Así lo ha señalado la doctrina, vid., por todos, J. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, «El principio antiformalista en la Administración electrónica…», *op. cit.* p. 674; y, E. M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La implementación de la Administración electrónica…», *op. cit.*, p. 35. En todo caso, sería adecuado, como señala J. VALERO TORRIJOS, a fin de reforzar el principio de seguridad jurídica, que se contemple el derecho de los interesados a señalar los días en los que las Administraciones públicas no podrán poner a disposición de estas notificaciones en la DEH, tal y como sucede en el ámbito tributario («La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital…», *op. cit.*, p. 383).

[20] En concreto, como destaca L. Á. BALLESTEROS MOFFA, «con el nuevo modelo, los procedimientos de oficio que no cuenten con regulación especial pueden estar abocados desde un primer momento a la notificación electrónica, que, de resultar infructuosa, continuará por el patrón electrónico del Tablón Edictal» («Giro sistemático para mejoras adjetivas en la renovación de la parte general del Derecho Administrativo», *REDA*, núm. 179, 2016, p. 155).

ISSN 2036-7821

al efecto se disipa, no obstante, por cuanto dispone que la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida. De ahí que en la Sentencia 150/2022, de 4 de febrero, del TSJ de Castilla y León[21], se suscite por la parte apelante la duda de la constitucionalidad del art. 41.6 de la LPAC al considerar que dicho inciso supone una merma en las garantías del ciudadano de conocer los actos que le afecten y lesiona el principio de seguridad jurídica y de confianza, el derecho de audiencia y la tutela judicial efectiva imponiéndole la carga desproporcionada de consultar las sedes electrónicas de las Administraciones con las que tenga algún tipo de relación[22]. El Tribunal razona que no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por cuanto afirma que:

«falta el presupuesto necesario para plantear la cuestión de inconstitucionalidad que se interesa, ya que el fallo no depende de la constitucionalidad del artículo 41.6 de la LPAC. La razón de decidir radica en que cualquier defecto que haya podido producirse en la práctica de la notificación, incluido el aviso a que se refiere el artículo 41.6, no ha impedido que el interesado conociese el acto y, por lo tanto, no se le ha causado indefensión. Debemos recordar una vez más que la validez y eficacia de las notificaciones, también bajo la LPAC, dependen de las circunstancias de cada caso y, particularmente de si el interesado ha podido tener o no conocimiento del acto»[23].

Por su parte, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (en adelante, RAFME), determina en su art. 43.2 que, cuando la Administración desconozca los datos de contacto electrónico para practicar el aviso de la puesta a disposición de la notificación al sujeto obligado a relacionarse telemáticamente con la Administración, en los procedimientos iniciados de oficio, la primera notificación que efectúe la Administración, organismo o entidad se realizará en papel, advirtiendo al interesado en esa primera notificación, que las sucesivas se practicarán en formato electrónico por comparecencia en la sede electrónica o sede electrónica asociada que corresponda o, en su caso, a través de la DEHú e informándole que puede identificar un dispositivo electrónico, una dirección de correo electrónico o ambos para la práctica de los avisos de la puesta a disposición de las notificaciones electrónicas posteriores[24].

---

[21] Sentencia 150/2022, de 4 de febrero, del TSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), ECLI:ES:TSJCL:2022:461.

[22] FJ 6 de la Sentencia 150/2022, de 4 de febrero, del TSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), ECLI:ES:TSJCL:2022:461.

[23] Vid. la cita anterior.

[24] En expresión literal de R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, «la norma ha venido a dar carta de naturaleza normativa a una práctica que realizaban muchas Administraciones al no disponer de datos de contacto electrónico de los sujetos obligados, yendo el Reglamento incluso un paso más allá dado que la remisión en papel no será de un aviso sino de «la primera notificación que efectúe la Administración, organismo o entidad», que «se realizará en

Esta previsión ha sido objeto de impugnación por la Generalidad de Cataluña al considerar que el hecho de que la primera notificación se realice en papel cuando se trata de sujetos obligados a relacionarse telemáticamente con la Administración infringe el art. 14.2 de la LPAC. Sin embargo, la Sala del TS en su Sentencia 638/2022, de 30 de mayo, considera que el aviso de la puesta de la notificación que se regula en el art. 43.2 del RAFME para toda clase de notificación, tanto en papel como por medios electrónicos, tiene como finalidad que llegue a conocimiento de los interesados[25].

A mi juicio, debe valorarse otro problema distinto del apuntado por la Generalidad, ya que, respecto de los sujetos obligados a relacionarse telemáticamente con la Administración que sí hubieran facilitado previamente sus datos de correo electrónico o número de móvil, se sobreentiende que deberán recibir la primera notificación que efectúe la Administración en un procedimiento iniciado de oficio en formato electrónico, aun cuando pueda ocurrir que el aviso no se reciba por un error o un descuido de la Administración sin responsabilidad para esta última por cuanto su falta de práctica no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida, dado que el RAFME mantiene, como no podía ser de otro modo, el carácter meramente informativo del aviso al existir previsión legal en tal sentido[26].

Nótese, cómo ha reconocido la Sentencia 2488/2016, de 16 de noviembre, del TS[27]:

«el cambio tan radical que supone, en tema tan sumamente importante como el de las notificaciones administrativas, las notificaciones electrónicas, en modo alguno ha supuesto, está suponiendo, un cambio de paradigma, en cuanto que el núcleo y las bases sobre las que debe girar cualquier aproximación a esta materia siguen siendo las mismas dada su importancia constitucional, pues se afecta directamente al principio básico de no indefensión y es medio necesario para a la postre alcanzar la tutela judicial efectiva, en tanto que los actos de notificación "cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al

papel en la forma determinada por el art. 42.2 de la LPAC» («La plena eficacia de la e-Administración. Comentario y notas fundamentales del Real Decreto 203/2021…», *op. cit)*.

[25] Vid. también el FJ 3 de la Sentencia 2286/2022, de 25 de mayo, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª), ECLI:ES:TS:2022:2286, en la que se declara que el aviso «constituye un mero recordatorio remitido a la sede electrónica del interesado de la pendencia de la notificación de un acto administrativo, que, en ningún caso, exime a la Administración Pública de notificar dicho acto en legal forma, de modo que quede constancia en las actuaciones de la remisión y la recepción integra de la resolución administrativa, así como del momento en que se hicieron».

[26] Sobre la configuración del aviso de puesta a disposición de la notificación en el RAFME, vid. A. M. BARRACHINA ANDRÉS, «Régimen de comunicaciones y notificaciones: algunas soluciones a viejos problemas», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 3, 2021.

[27] Sentencia 2488/2016, de 16 de noviembre, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TS:2016:4991.

ISSN 2036-7821

afectado adoptar las medidas que estime más eficaces para sus intereses, singularmente la oportuna interposición de los recursos procedentes"»[28].

No cabe, por tanto, sino concluir que, a fin de respetar las garantías de los interesados en materia de notificación electrónica, sería deseable que la Administración asegure el conocimiento real del interesado de esa primera notificación efectuada de oficio por la Administración, por ejemplo, condicionando la validez de la notificación electrónica a la existencia previa de un aviso o, en caso de que este extremo no pueda garantizarse, mediante la práctica por medios no electrónicos de dicha primera notificación en las mismas condiciones que respecto de aquel sujeto obligado a relacionarse telemáticamente con la Administración que no ha facilitado a esta última sus datos de contacto electrónico, dado que, en caso contrario, como apunta TORRE DE SILVA, «el excesivo formalismo de la Administración sacrificaría las garantías constitucionales, no solo en procedimientos sancionadores sino en procedimientos de toda índole»[29].

1.3. Excepciones a la preferencia por la notificación electrónica.

Conforme al art. 41.1 de la LPAC, existen dos supuestos en los que las Administraciones públicas podrán practicar las notificaciones por medios no electrónicos. En primer lugar, cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento[30]. En este sentido, cabe plantearse ¿qué ocurre cuando se trata de un sujeto obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración?, pues la norma no aclara las consecuencias jurídicas que se derivan.

El segundo supuesto se refiere a que para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante. En estos casos, la excepción se produce, a juicio de MÍGUEZ MACHO «por un motivo de interés público, como es asegurar la eficacia de la actuación administrativa (motivo que es de suponer que habrá que justificar suficientemente en el expediente)»[31].

---

[28] Vid. la cita anterior.

[29] J. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, «El principio antiformalista en la Administración electrónica…», *op. cit.*, p. 675. En este sentido, vid. la Sentencia 48/2016, de 7 de enero, de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:AN:2016:267, que anula la notificación electrónica practicada al no haberse acreditado que el destinatario tenía conocimiento de su inclusión en el sistema de DEH.

[30] De acuerdo con el art. 42.2 del RAFME, su comparecencia voluntaria o la de su representante en la sede electrónica o sede electrónica asociada o a través de la DEHú y el posterior acceso al contenido de la notificación o el rechazo expreso de esta, tendrá plenos efectos jurídicos.

[31] L. MÍGUEZ MACHO, «Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración…, op. cit.*, pp. 255 y ss. No en vano, para L. MELLADO RUIZ, el primer supuesto está claramente justificado al tratarse «de actuaciones presenciales imprevistas en las oficinas de registro»; en el segundo caso «la utilización de conceptos jurídicos indeterminados parece dejar más en el aire la interpretación de la oportunidad o no de la utilización de medios no electrónicos para la práctica de determinadas

ISSN 2036-7821

En cualquier caso, el art. 41.1 párrafo tercero de la LPAC admite la validez de la notificación practicada con independencia del medio empleado siempre que «permita tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma».

2. Cauces válidos para la práctica de la notificación electrónica.

La LPAC establece que esta podrá practicarse bien mediante comparecencia en la sede electrónica bien a través de la DEHú[32]. También permite el empleo de ambos sistemas para su práctica. En este sentido, el art. 42.1 *in fine* del RAFME determina que en los casos en los que la Administración, organismo o entidad actuante lleve a cabo la puesta a disposición de las notificaciones por ambos sistemas, para el cómputo de plazos y el resto de los efectos jurídicos se tomará la fecha y hora de acceso al contenido o el rechazo de la notificación por el interesado o su representante en el sistema en el que haya ocurrido en primer lugar.

Sin embargo, para su materialización será indispensable que se articulen los medios electrónicos necesarios que permitan sincronizar de forma automatizada en uno y otro sistema la información sobre el estado de la notificación a fin de garantizar la eficacia y seguridad jurídica en la tramitación del procedimiento. La opción vendrá determinada por la Administración, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente[33]. Aspecto que debe ser criticado, como subraya de modo inteligente ALAMILLO DOMINGO, ya que esta limitación en los canales para la

notificaciones de actos» («De los actos administrativos: su eficacia y validez», en H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común…, op. cit.*, p. 190).

[32] Ahora bien, con la aprobación de la LPAC se generaliza el empleo de los medios electrónicos en las relaciones entre Administración y administrado en el procedimiento administrativo común, lo que supone un posicionamiento de la Ley a favor de la notificación electrónica frente a la efectuada en papel, al disponer el art. 41.1 de la LPAC que «las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía». Vid. al respecto S. RAMOS ROMERO, «El régimen jurídico de la notificación administrativa electrónica en la LPAC», en I. MARTÍN DELGADO (dir.), *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho,* INAP, Madrid, 2017, pp. 217 y ss.

[33] Sin embargo, como expone I. MARTÍN DELGADO, «la opción por uno u otro -o por ambos- no corresponde al interesado, sino a cada Administración pública» («La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva ley de procedimiento…», *op. cit.*, p. 72). Independientemente de que se use uno, otro o ambos sistemas para la práctica de la notificación electrónica lo sorprendente en este punto es que se reducen drásticamente los medios para su práctica. En concreto, para L. MÍGUEZ MACHO se reducen «los medios electrónicos de notificación a tan sólo dos, sustituyéndose el sistema abierto basado en una cláusula general que recoge los requisitos de validez de los medios electrónicos de notificación por una enunciación taxativa» («Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA, y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración electrónica..., op. cit*., p. 258). De hecho, C. I. VELASCO RICO considera que el legislador omite «la amplia variedad de tecnologías y medios disponibles, de amplio uso por la ciudadanía, que perfectamente podrían dar cumplimiento a los citados requerimientos del art. 41.1 de la Ley de Procedimiento» («Novedades en materia de Administración electrónica», en C. I. VELASCO RICO (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015…, op. cit*., p. 147).

ISSN 2036-7821

práctica de la notificación actúa «como una importante barrera para el aprovechamiento de las oportunidades que ofrece la tecnología más reciente»[34].

2.1. La comparecencia en la sede electrónica.

Se entiende por «comparecencia en la sede electrónica» el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación, entendiéndose practicada en el momento en que se produzca el acceso del interesado al contenido de dicha notificación electrónica[35]. No obstante, cada Administración pública podrá hacer uso de su propia sede electrónica o, en su caso, de la sede electrónica asociada, lo que obliga al destinatario de la notificación a comparecer en todas ellas a fin de no ver frustradas sus posibilidades reales por tomar conciencia de la notificación practicada[36].

Ahora bien, de acuerdo con el art. 45.1 del RAFME, con carácter previo al acceso al contenido de la notificación puesta a disposición del interesado en la sede electrónica o sede electrónica asociada, este deberá ser informado de que la comparecencia y acceso al contenido, el rechazo expreso de la notificación o bien la presunción de rechazo por haber transcurrido el plazo de diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin acceder al contenido de la misma dará por efectuado el trámite de notificación y se continuará el procedimiento.

---

[34] I. ALAMILLO DOMINGO se refiere, entre otras, a las aplicaciones en terminales inteligentes, la computación en nube o las tecnologías de registro distribuido («El régimen jurídico de la Administración digital: aspectos tecnológicos, plataformas y servicios de intermediación», en I. MARTÍN DELGADO (dir.), *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica,* Iustel, Madrid, 2020, p. 233). Sobre el tema, vid. M. Á. BERNAL BLAY, «El desarrollo autonómico de la normativa…», *op. cit.*, pp. 134 y ss.

[35] Así, para M.ª C. CAMPOS ACUÑA «la notificación se entenderá practicada en el momento en que se produzca el acceso a su contenido, del mismo modo que en formato papel al tener acceso al documento físico de la notificación, con independencia de la actuación posterior del interesado» («Las Entidades Locales ante el nuevo procedimiento administrativo electrónico: los paradigmas derivados de la…», *op. cit*). No en vano, A. CERRILLO I MARTÍNEZ (coord.), *et. al.* consideran que «se confunde la comparecencia en la sede electrónica, que en realidad, no es otra cosa que el acceso a la misma previa identificación electrónica del administrado para la realización de cualquier trámite, con la notificación por comparecencia en la sede electrónica que […] es el acceso por el interesado, debidamente identificado, al contenido de la actuación administrativa correspondiente a través de la sede electrónica del órgano u organismo público actuante» (*A las puertas de la administración digital: Una guía detallada para…, op. cit.*, p. 235). En igual sentido, vid., por todos, L. MÍGUEZ MACHO «Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración…, op. cit.*, p. 258; y, M. TARRÉS VIVES., «Notificación y publicación de los actos administrativos», en J. TORNOS MAS (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 214. Por su parte, I. MARTÍN DELGADO considera que la notificación mediante sede produce efectos «desde el acceso por el interesado o su representante, debidamente identificado, al enlace que conduce a la resolución administrativa objeto de notificación» y cuando se efectúe a través de DEHú a partir del momento de acceso al mensaje ubicado en el buzón («Una panorámica general del impacto de la nueva ley…», *op. cit.*, p. 186).

[36] J. VALERO TORRIJOS, «La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital…», *op. cit.*, p. 383.

ISSN 2036-7821

Esta previsión ha sido objeto de impugnación por la Generalidad de Cataluña al considerar que dicha obligación informativa prevista en el precepto reglamentario excede del contenido de la previsión legal contenida en el art. 43 de la LPAC. Sin embargo, como ha reconocido la Sala del TS en su Sentencia 638/2022, de 30 de mayo, la obligación de informar al ciudadano destinatario de la notificación se corresponde con el derecho que la Ley reconoce al interesado en un procedimiento administrativo a ser debidamente informado de los requisitos y efectos de las actuaciones que se propongan realizar.

2.2. La Dirección Electrónica Habilitada única.

Por lo que se refiere al DEHú, la LPAC no define qué debe entenderse por dicha forma de practicar la notificación. Sobre ella y su dudosa configuración, la doctrina ha sido muy crítica[37]. La gestión de la DEHú corresponde al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital en colaboración con el Ministerio de Hacienda y Función Pública y está disponible en la dirección https://dehu.redsara.es.

El art. 44.3 del RAFME obliga a las Administraciones públicas y a sus organismos públicos y entidades de derecho público a que colaboren para establecer sistemas de carácter interoperable que permitan a las personas acceder a todas las notificaciones a través de la DEHú, lo que refuerza la posición del destinatario de la notificación que o bien opta por este cauce o bien resulta obligado a relacionarse telemáticamente con la Administración[38].

[37] Sobre la DEHú como medio para la práctica de la notificación electrónica, en expresión de A. CERRILLO I MARTÍNEZ (coord.), *et. al.* «la LPAC no establece ninguna definición de qué se ha de entender por este medio de notificación electrónico y tampoco se prevén los requisitos mínimos que ha de satisfacer, resultando impreciso en este caso el adjetivo único» (*A las puertas de la administración digital: Una guía detallada para…, op. cit.,* p. 235). Por su parte, J. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, lo define como «una dirección de correo electrónico creada (de oficio o a solicitud del interesado), gestionada y controlada por la propia Administración en sus propios servidores, pero accesible para el interesado, en la que la Administración puede practicar notificaciones electrónicas» («El principio antiformalista en la Administración electrónica…», *op. cit.,* p. 673). Por lo que se refiere a la inclusión del término única en el concepto de DEH, L. MÍGUEZ MACHO apunta la posibilidad de que «la reintroducción del adjetivo «única» en la LPAC quiere dar a entender que a partir de su entrada en vigor existirá un único sistema de DEH válido para todas las Administraciones públicas» («Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración…, op. cit.,* p. 260). Finalmente, el nuevo RAFME acoge en su glosario de definiciones el término «dirección electrónica» como un identificador de un equipo o sistema electrónico desde el que se provee de información o servicios en una red de comunicaciones.

[38] Desde el 1 de julio de 2020 se ha iniciado por la secretaria de Estado de Digitalización e IA la primera fase del funcionamiento de la DEHú, a fin de facilitar el acceso a las notificaciones y comunicaciones emitidas por las diferentes Administraciones públicas, a través de la existencia de un buzón único que centraliza la recepción de las notificaciones y comunicaciones destinadas a los interesados. Con mayor detalle, vid. Gobierno de España, «El Sistema Centralizado de Notificaciones Electrónicas para ciudadanos y empresas arranca su primera fase», disponible en https://administracionelectronica.gob.es /pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2020/Julio/Noticia-2020-07-01-Sistema-Notificaciones-Electronicas-ciudadanos-empresas-primera-fase.html, última consulta el 15 de marzo de 2022.

ISSN 2036-7821

Sin embargo, para la Generalidad de Cataluña esta previsión infringe el art. 43.4 de la LPAC por cuanto, al obligar a las Administraciones públicas a interoperar para que las personas físicas y jurídicas puedan acceder a sus notificaciones mediante la DEHú, dependiente del Ministerio, se produce una restricción de la potestad de la Generalidad para determinar su sistema de notificación. Con todo, la Sala del TS en su Sentencia 638/2022, de 30 de mayo[39], entiende que el precepto únicamente determina que fuera de la Administración General del Estado cada Administración puede decidir si se adhiere al sistema de notificación por medio de la DEHú, que se aloja en la sede electrónica del Punto de Acceso General electrónico (en adelante, PAGe) de la Administración General del Estado, de tal manera que si no se adhiere será necesario habilitar un mecanismo que garantice la interoperabilidad.

Ha de hacerse notar que hasta entonces los ciudadanos se encontraban en muchos casos en una situación evidente de inseguridad e indefensión al tener que peregrinar por las diferentes sedes electrónicas a fin de tomar conciencia de una posible notificación dirigida a su persona en el buzón de la Administración[40]. Es necesario, sin duda, garantizar que el interesado ha sido informado, bien a través de un aviso al dispositivo móvil o correo electrónico, bien a través del servicio postal en los casos en los que no haya designado un correo electrónico o dispositivo móvil, de que existe una notificación dirigida a su persona a su disposición en el buzón de la Administración y que será accesible a través de un determinado punto de acceso[41].

En todo caso, merece una valoración positiva la previsión del art. 42.3 del RAFME al establecer que ambas formas de practicar la notificación supondrán la puesta a disposición del interesado de un acuse de recibo que permita justificar el acceso al contenido de la notificación o, en su caso, el rechazo del interesado a recibirla. Acuse de recibo que contendrá, como mínimo, la identificación del acto notificado y la persona destinataria, la fecha y hora en la que se produjo la puesta a disposición, así como del acceso a su contenido o del rechazo[42].

Ahora bien, con carácter previo al acceso al contenido de la notificación puesta a disposición del interesado en la dirección electrónica o en la sede electrónica o sede

[39] Sentencia 638/2022, de 30 de mayo, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), ECLI: ES:TS:2022:2187.

[40] Como reconoce L. COTINO HUESO «la situación es que muchos obligados tienen que estar permanente consultando muchos buzones por encima de la diligencia y capacidad exigibles». De ahí que para este autor lo deseable hubiera sido configurar el sistema estatal como el general de recepción de todas las Administraciones la gran mayoría de CCAA y EELL han preferido implantar su propio sistema de notificación («La preocupante falta de garantías constitucionales y administrativas…», *op. cit.*, pp. 16 y ss).

[41] El problema se sitúa, como apunta E. GAMERO CASADO, «en el deber de que las Administraciones públicas recaben por correo electrónico (en este momento, no disponen ni siquiera de un medio -que podría ser la carpeta ciudadana- para aportar voluntariamente ese dato)» («El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva LCSP», *Cuadernos de derecho local*, núm. 48, 2018, p. 166).

[42] Art. 42.3 del RAFME.

ISSN 2036-7821

electrónica asociada del emisor de la misma, el RAFME determina que el destinatario de la notificación deberá ser informado de que el acceso al contenido, el rechazo expreso de la notificación o la puesta a disposición de la notificación sin acceder a su contenido dará por efectuado el trámite, continuándose con la tramitación del procedimiento[43].

Al limitarse las formas de practicar la notificación se impone al obligado a relacionarse telemáticamente con la Administración la tediosa carga de solicitar de la Administración la apertura de una DEH a fin de comprobar las notificaciones que la Administración pueda dirigirle[44]. Carga, que, aunque no constituye *a priori* una obligación para el interesado obligado a relacionarse telemáticamente con las Administraciones públicas, sí resulta conveniente por los riesgos que pueden derivarse de su inobservancia, a salvo de su posible comparecencia ante la sede electrónica de la Administración correspondiente[45].

Tampoco comparto que el legislador entienda cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos electrónicamente con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o en la DEHú, ratificado por el TS en su Sentencia 1320/2021, de 10 de noviembre[46]. Entiendo que, de esta manera, la Administración cumple con la puesta a disposición de la notificación telemática, diluyéndose las garantías de los

[43] Arts. 44.5 y 45.2 del RAFME.

[44] En este sentido, E. M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN apunta a la pérdida de virtualidad de la elección de la que dispone el ciudadano a la hora de practicar la notificación entre la comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o a través de la DEHú toda vez que «en muchos de los casos esa elección queda en manos de la Administración, dado que, si ésta no está dada de alta en el sistema de DEHú, la notificación no podrá practicarse por esta vía. Vía que además implica que previamente el interesado haya, a su vez, solicitado la misma y disponga de ella» a lo que se añade que «hay procedimientos iniciados de oficio en los que, si se trata de obligados, puede darse la circunstancia de que éstos no hayan elegido a través de qué medio desean recibir las notificaciones de esa Administración» («El procedimiento administrativo electrónico…», *op. cit.*, p. 676).

[45] Para I. MARTÍN DELGADO «cada Administración, en el caso de que decida implantar el sistema, deberá garantizar que la dirección electrónica atribuida al interesado es válida a efectos de recepción de todas las notificaciones por parte de los órganos integrados en su nivel territorial» («La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva ley de procedimiento…», *op. cit.*, p. 72).

[46] FJ 5 de la Sentencia 1320/2021, de 10 de noviembre, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª), ECLI:ES:TS: 2021:4105. De hecho, en el FJ 4 de dicha Sentencia se afirma que la parte recurrida sostiene en su oposición al recurso de casación, que la interpretación de que la notificación se produce en el momento al que se acceda a su contenido es conforme con el artículo 43.2 de la LPAC y con el criterio seguido por el RAFME, si bien este argumento no se comparte por el TS, por cuanto desconoce el contenido de la regla del artículo 43.3 de la LPAC ya examinada, sin olvidar que el RAFME, que no sería aplicable en este caso por razones temporales, tampoco serviría de apoyo a la posición de la parte recurrida, pues en su artículo 45.3 el indicado Reglamento reproduce la disposición del artículo 43.3 de la LPAC, de tener por cumplida la obligación de la Administración de notificar en plazo con la puesta a disposición de la notificación en la sede o en la DEHú.

ISSN 2036-7821

interesados para tomar conciencia de una posible notificación electrónica, lo que constituye, sin duda, un riesgo totalmente injustificado[47].

Lo cierto es que dicha previsión supone entender el acto de la notificación no ya tanto como una garantía y derecho claro del interesado, sino como una contraprestación de obligaciones entre Administración e interesado, exigiendo a este, en consecuencia, una diligencia añadida. De esta manera, a juzgar por lo expuesto, la Administración no tiene que desplegar esa labor que venía realizando de asumir el acto de la notificación, sino que se le impone al ciudadano la carga de comprobar, no ya día a día, pero sí al menos con una cierta periodicidad la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o la DEHú. No es algo que redunde en un perjuicio absolutamente manifiesto para el interesado, pero supone, a mi modo de entender, una clara exoneración por parte de la Administración encargada de efectuar la notificación, que traslada, sin duda, parte de su propia carga al interesado en el procedimiento[48].

Además, genera no pocos problemas a efectos de la caducidad del procedimiento, pues la fecha final vendrá determinada por el día en que se puso a disposición del interesado el acto objeto de notificación y no por el transcurso de los diez días desde su puesta a disposición[49].

Ahora bien, ha de hacerse notar que dicha previsión alude a cuándo se entiende cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos en relación con la práctica de la notificación electrónica, pero no cuándo se entienden practicadas las notificaciones electrónicas que será, conforme al art. 43.2 de la LPAC, en el momento en que se produzca el acceso a su contenido. Por

[47] Como ha reconocido E. GAMERO CASADO «el avance tecnológico no puede conducir a un retroceso en las conquistas del Estado de Derecho que ha logrado la ciudadanía a lo largo de los siglos» («Reflexiones introductorias: de la administración electrónica a la digital (o la historia interminable)», en A. CERRILLO I MARTÍNEZ (dir.), *La administración…, op. cit.*, p. 44).

[48] En este sentido, J. VALERO TORRIJOS considera que «parece desproporcionado en muchos casos hacer recaer sobre ciertos sujetos una exigencia absoluta de consulta de las sedes o direcciones electrónicas cuando la propia Administración pública ha incumplido una obligación legal que, en última instancia, está dirigida a facilitar el conocimiento de la existencia de una notificación pendiente de acceso» («La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital…», *op. cit.*, p. 383).

[49] De ahí que, en expresión de F. PLEITE GUADAMILLAS, «si se pone a disposición un acto el día final del plazo de caducidad del procedimiento, se entenderá cumplido dentro de plazo, aunque el interesado notifique con posterioridad. Nuevamente la Administración barre para casa, cuando el plazo debería ser de diez días desde la puesta a disposición como garantía para el administrado» («¿La notificación electrónica es una auténtica notificación?», *AA*, núm. 2, 2017). Es más, otro de los problemas de la notificación electrónica se sitúa para A. ANGULO GARZARO y N. ANGULO GARZARO en aquellos supuestos iniciados a solicitud del interesado donde este designa voluntariamente que la notificación se practique electrónicamente. En este sentido, puede ocurrir que «mediante la suplantación de identidad, se solicite que se comunique electrónicamente una información determinada, sin que el interesado sea consciente de este hecho» («La notificación electrónica de las resoluciones y la protección…», *op. cit*).

ISSN 2036-7821

esta razón el TSJ del País Vasco en su Sentencia 72/2022, de 9 de febrero[50], ha declarado la nulidad de los arts. 75 bis) y 75 ter) del Decreto Foral 12/2021 de 9 de marzo, de la Diputación de Bizkaia, en el inciso «se entenderá notificada en el momento en el que la misma se ponga a disposición del o de la contribuyente en la sede electrónica de la diputación foral de Bizkaia» por cuanto este criterio se aparta de la previsión contenida en el art. 43.2 de la LPAC. El Tribunal razona juiciosamente en su FJ 9 que «la puesta a disposición en la sede electrónica marca la fecha de finalización del procedimiento; pero la notificación no puede entenderse practicada sino cuando se produce el acceso al contenido o transcurren los plazos indicados desde la puesta a disposición»[51].

No cabe, por tanto, sino concluir que el verdadero problema de la notificación electrónica se sitúa, siguiendo a RODRÍGUEZ CARBAJO, «en el conocimiento por los interesados de que la notificación se encuentra a su disposición en la sede electrónica o en DEHú»[52]. Ahora bien, el RAFME ha reforzado tímidamente las garantías del destinatario de la notificación electrónica al prever, en su art. 42.5, que toda notificación cuyo emisor pertenezca al ámbito estatal se pondrá a disposición del interesado a través de la DEHú, lo que libera, en parte, a este de la ardua labor que venía realizando de tener que comprobar con cierta asiduidad las diferentes sedes electrónicas, así como ahora también las sedes electrónicas asociadas, a fin de tomar conciencia de la puesta a disposición de una hipotética, pero posible, notificación[53]. Por tanto, desde el 1 de septiembre de 2022, la DEHú es la única vía de acceso

[50] Sentencia 72/2022, de 9 de febrero, del TSJ de País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TSJPV:2022:14.

[51] FJ 9 de la Sentencia 72/2022, de 9 de febrero, del TSJ de País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TSJPV:2022:14.

[52] J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «La Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas…», *op. cit.* Para A. ANGULO GARZARO y N. ANGULO GARZARO la práctica de la notificación electrónica resulta más sencilla que a través del cauce tradicional, dado que la Administración cumple con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica, con la posibilidad añadida de que se envíe un aviso al dispositivo móvil o a la dirección electrónica proporcionada por el interesado; mientras que la notificación física exige que la Administración se asegure de que llega a manos de su destinario, la cual debe realizar varios intentos de notificación en el domicilio del interesado, en diferentes franjas horarias y, en su defecto, notificarle a través de publicación en el BOE («La notificación electrónica de las resoluciones y la protección…», *op. cit*). En esta misma línea se expresa F. PLEITE GUADAMILLAS al señalar que «son mucho mayores las garantías que se otorgan a las notificaciones en papel, que cuentan con dos intentos, en días y horas diferentes, y un anuncio en el BOE cuando sea infructuosa, frente a la notificación electrónica, que solo será suficiente la puesta a disposición durante diez días y se considerara realizada si no se notifica el interesado» («¿La notificación electrónica es una auténtica notificación?», *op. cit*).

[53] En este sentido, R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, «La plena eficacia de la e-Administración. Comentario y notas fundamentales del Real Decreto 203/2021…», *op. cit.*; y, L. COTINO HUESO, «La preocupante falta de garantías constitucionales y administrativas…», *op. cit.*, p. 17.

ISSN 2036-7821

agregado a las notificaciones de diferentes emisores gestionada por la Administración General del Estado[54].
Deben hacerse, no obstante, dos matizaciones al respecto. Primero, esta previsión no dispone de carácter básico y, por tanto, solo resultará de aplicación a la Administración General del Estado y, segundo, esta lógica y necesaria previsión solo producirá los efectos esperados si la interoperabilidad entre las diferentes Administraciones públicas es real y efectiva[55].

2.3. La viabilidad del correo electrónico como cauce para la práctica de la notificación.
Al establecerse la práctica de la notificación electrónica en la sede electrónica o en la DEHú o mediante una combinación de ambas se suprime la posibilidad que preveía el derogado Real Decreto 1671/2009, de 9 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, de practicar la notificación mediante correo electrónico con acuse de recibo[56]. No en vano, conviene mencionar las consecuencias jurídicas derivadas de la remisión de la notificación a través del correo electrónico o en los supuestos en los que la notificación se practica por medios no electrónicos a un sujeto obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.
Reviste una importancia capital, a nuestros efectos, la Sentencia de 2 de junio de 2011 del TS por su indudable interés al respecto. Afirma textualmente que:
«pese a los vicios de cualquier gravedad en la notificación puede afirmarse que si el interesado llegó a conocer el acto o resolución por cualquier medio -y, por lo tanto, pudo defenderse frente al mismo-, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o

[54] Gobierno de España, «Consolidación de la Dirección Electrónica Habilitada única (DEHú)», 29 de julio de 2022, disponible en https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2022/Julio/Noticia-2022-07-29-Consolidacion-de-la-Direccion-Electronica-Habilitada-unica-DEHu-.html, última consulta el 2 de agosto de 2022.

[55] En opinión de R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, «se produce así un intento de centralización de la DEHú como sistema general de notificaciones en la Administración General del Estado, posibilidad que también se ofrece al resto de Administraciones mediante la adhesión al servicio establecida expresamente en los artículos 44.3 y 65 del Reglamento» («La plena eficacia de la e-Administración. Comentario y notas fundamentales del Real Decreto 203/2021…», *op. cit*).

[56] Sin perjuicio, de que el interesado pueda identificar un correo electrónico que sirva para el envío de avisos a los que hace referencia el art. 41.6 de la LPAC al indicar que las Administraciones públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo correspondiente o en la DEHú. Ahora bien, la falta de práctica de este aviso no invalidará la notificación. Por tanto, en expresión de A. MUÑOZ PEDRAZ, «no cabe en consecuencia confundir notificación electrónica con aviso electrónico de notificación: el correo electrónico es válido para avisar al interesado de que tiene una notificación, pero no puede ser empleado como medio directo para practicar la misma» («Notificaciones electrónicas: notificación por correo electrónico indicado por el propio interesado tras la aprobación de las Leyes 39 y 40/2015: su incidencia en el procedimiento», *AA*, núm. 9, 2018, *op. cit*). En fin, como apunta L. Á. BALLESTEROS MOFFA, aunque el correo electrónico suaviza la responsabilidad *in vigilando* del interesado, no sirve como medio de notificación (*La Administración simplificada…*, *op. cit.*, p. 60).

ISSN 2036-7821

mala fe, no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales, dado el principio antiformalista y el principio general de buena fe que rigen en esta materia»[57].

De ahí que el TS en su Sentencia 513/2019, de 11 de abril[58], reconozca que «los incumplimientos de las formalidades establecidas no serán obstáculo para admitir la validez de la notificación si ha quedado debidamente acreditado que su destinatario tuvo un real conocimiento del acto comunicado»[59]. Así lo reitera este mismo Tribunal en su Sentencia 448/2021, de 25 de marzo[60], al afirmar que «si, pese a los vicios de cualquier gravedad en la notificación, puede afirmarse que el interesado llegó a conocer el acto o resolución por cualquier medio -y, por lo tanto, pudo defenderse frente al mismo-, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o mala fe, no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales»[61].

Por tanto, como reconoce el TS en su Sentencia 2448/2016, de 16 de noviembre[62], «lo relevante en las notificaciones no es tanto que se cumplan las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas o hayan podido tener conocimiento del acto notificado, en dicho sentido»[63].

No en vano, como ha reconocido el TS es difícil juzgar en abstracto toda la casuística que la eficacia de las notificaciones puede producir, resultando, en consecuencia, muy complicado fijar una doctrina general con valor de jurisprudencia sobre esta cuestión. Ahora bien, siguiendo el razonamiento del TS en su Sentencia 448/2021, de 25 de marzo[64], al objeto de determinar si debe entenderse que el acto administrativo o

---

[57] De hecho, el principio antiformalista se traduce, de acuerdo con la Sentencia de 5 de julio de 2011 del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª), ECLI:ES:TS:2011:4761 «en la imposición de unos requisitos mínimos para las actuaciones de los interesados, así como la admisión generalizada de la subsanación de defectos o errores cometidos. Estas exigencias antiformalistas obligan a no considerar eficaz un acto exclusivamente cuando las formas son esenciales para alcanzar el fin».

[58] Sentencia 513/2019, 11 de abril, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TS:2019:1270.

[59] FJ 5 de la Sentencia 513/2019, 11 de abril, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TS:2019:1270.

[60] Sentencia 448/2021, de 25 de marzo, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TS:2021:1117.

[61] FJ 3 de la Sentencia 448/2021, de 25 de marzo, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TS:2021:1117.

[62] Sentencia 2488/2016, de 16 de noviembre, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TS:2016:4991.

[63] En este sentido, E. M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN considera que «conforme a la doctrina mantenida en dicha sentencia por el TS, podría entenderse que la configuración que la LPAC hace de las notificaciones electrónicas, en cuanto a obligación de puesta a disposición y no de resultado, choca frontalmente con la tutela judicial efectiva y con la finalidad misma de las notificaciones, que no es otra, que el interesado tenga conocimiento de la resolución objeto de la misma» («El procedimiento administrativo electrónico…», *op. cit.*, p. 680).

[64] Sentencia 448/2021, de 25 de marzo, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TS:2021:1117.

ISSN 2036-7821

resolución notificada llegó o debió llegar a conocimiento del interesado deben ponderarse dos elementos con carácter general:

«en primer lugar, el grado de cumplimiento por la Administración de las formalidades establecidas en la norma en materia de notificaciones, en la medida en que tales formalidades van únicamente dirigidas a garantizar que el acto llegue efectivamente a conocimiento de su destinatario. Y, en segundo lugar, las circunstancias particulares concurrentes en cada caso, entre las que necesariamente deben destacarse tres: a) el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado como por la Administración; b) el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; y, en fin, c) el comportamiento de los terceros que, en atención a la cercanía o proximidad geográfica con el interesado, pueden aceptar y aceptan la notificación»[65].

No cabe sino afirmar, desde mi punto de vista, que, aunque el correo electrónico no constituye una vía válida para la práctica de la notificación electrónica, si el interesado tomó conciencia de la notificación practicada a través de este medio y ello no le causó indefensión, estaríamos en presencia de una mera irregularidad no invalidante. Misma sanción se producirá cuando la Administración practique la notificación en papel a un sujeto obligado a relacionarse telemáticamente con la Administración si el interesado toma conciencia y no se produce indefensión, de acuerdo con el principio antiformalista previsto en el art. 48.2 de la LPAC[66].

3. Algunas cuestiones conflictivas planteadas por la práctica de la notificación electrónica.

3.1. El supuesto de incidencia técnica.

El art. 32.4 de la LPAC regula el supuesto de incidencia técnica, de tal manera que la Administración podrá determinar una ampliación de los plazos no vencidos cuando se registre una incidencia de carácter técnico que imposibilite el funcionamiento

[65] Vid. el FJ 4 de la Sentencia 448/2021, de 25 de marzo, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª), ECLI:ES:TS:2021:1117.

[66] Como señala L. MÍGUEZ MACHO «cuando el administrado esté obligado a recibir las notificaciones por medios electrónicos, si la Administración, por el motivo que sea, practica la notificación en papel, ésta será perfectamente válida siempre que cumpla los requisitos que la Ley 39/2015 establece» («Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración…*, *op. cit.*, p. 252). Por su parte, J. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA afirma que «una notificación que reúna estos requisitos tiene todos los elementos indispensables para lograr su fin, y si el interesado la ha recibido efectivamente es difícil entender que se haya producido indefensión» («El principio antiformalista en la Administración electrónica…», *op. cit.*, p. 672). En igual sentido, I. MARTÍN DELGADO considera que «en la práctica, muy difícilmente podrá atacarse la falta de eficacia de un acto administrativo notificado deficientemente por medios electrónicos cuando ha sido conocido por el interesado y éste ha actuado en consecuencia» («La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva ley de procedimiento…», *op. cit.*, p. 72).

ISSN 2036-7821

ordinario del sistema o aplicación que corresponda. En este sentido, se publicará en la sede electrónica tanto la incidencia técnica acontecida como la ampliación concreta del plazo no vencido[67]. Ahora bien, la incidencia técnica podrá ser alegada, tanto por la Administración como por parte del interesado[68]. Lo problemático del precepto para VELASCO RICO «viene de la mano del término «podrá» en relación a la ampliación de los plazos, cuando lo más garantista para con los derechos de los interesados hubiera sido la utilización del término «deberá», a fin de reforzar la posición del ciudadano cuando emplea medios electrónicos»[69]. Es más, ha de hacerse notar que sería igualmente deseable que, en el caso de que se acredite la existencia de una incidencia técnica, se suspenda el procedimiento a fin de preservar las garantías de los interesados en el procedimiento administrativo.

De hecho, misma crítica debe hacerse a la nueva ampliación que incorpora la Disposición final 21ª del RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a las importantes consecuencias que la invasión de Ucrania por parte de Rusia está generando en todos los órdenes. En consecuencia, añade un apartado 5 al artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) con la

[67] No en vano, para M.ª C. CAMPOS ACUÑA, «esta previsión abre un nuevo articular. ¿Cómo articular las incidencias técnicas cuando se producen en la esfera del interesado?» («Las Entidades Locales ante el nuevo procedimiento administrativo electrónico: los paradigmas derivados de la…», *op. cit*). De hecho, para A. D. BERNING PRIETO «resulta insuficiente, puesto que es la Administración la única que tiene la facultad de determinar si ha existido o no la incidencia y será la única legitimada para acordar la ampliación, sin que se prevea la posibilidad por ejemplo de solicitud del interesado acreditando la imposibilidad técnica que fundamente la ampliación solicitada, lo cual hubiese sido deseable» («La Administración electrónica y los servicios públicos digitales…», *op. cit.*, p. 43). Sin embargo, en materia de notificaciones se suprime la previsión del art. 28.3 de la LAECSP, por la que no se entendía rechazada la notificación cuando la falta de acceso en el contenido de la notificación fuera consecuencia de la imposibilidad técnica o material del acceso. De esta manera, en expresión de L. MÍGUEZ MACHO «la presunción *iuris tantum* de rechazo se convierte en una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario». Por tanto, en los casos de fallo técnico en el sistema informático que impida al interesado poder acceder al contenido de la notificación electrónica, «el plazo correría igualmente y la notificación se entendería rechazada con independencia de cuándo se produjese el restablecimiento del servicio, con evidente y grave perjuicio para el interesado». No obstante, esta situación puede solventarse, en mi opinión, gracias a la previsión del art. 41.1 segundo párrafo de la LPAC, que reconoce, entre las excepciones al empleo de medios electrónicos, el supuesto de que la notificación se realice «con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento». En profundidad, vid. L. MÍGUEZ MACHO «Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración…*, *op. cit*., p. 268.

[68] J. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, «El principio antiformalista en la Administración electrónica…», *op. cit.*, p. 689.

[69] C. I. VELASCO RICO, «Novedades en materia de Administración electrónica», en C. I. VELASCO RICO (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015…*, *op. cit*., p. 143.

ISSN 2036-7821

siguiente redacción: «cuando como consecuencia de un ciberincidente se hayan visto gravemente afectados los servicios y sistemas utilizados para la tramitación de los procedimientos y el ejercicio de los derechos de los interesados que prevé la normativa vigente, la Administración podrá acordar la ampliación general de plazos de los procedimientos administrativos». De esta manera, aunque se refuerzan las garantías de los interesados en sus relaciones con las Administraciones públicas, llama poderosamente la atención que no se establezca dicha ampliación como obligatoria.

Asimismo, aunque el legislador omite dicha referencia, será necesario, al igual que ocurre en el supuesto de incidencia técnica, que se publique en la sede electrónica la ampliación acontecida por cuanto se trata de una ampliación de plazos con carácter general para todos aquellos procedimientos soportados desde los sistemas o servicios atacados y no un acuerdo de ampliación de plazos procedimiento a procedimiento[70].

Por su parte, el art. 44.4 del RAFME recupera la previsión contenida en el art. 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos en relación con la posible existencia de una incidencia técnica que imposibilite el funcionamiento ordinario de la DEHú. En este caso, dicha incidencia deberá ser comunicada a los órganos, organismos o entidades emisoras que la utilicen como medio de notificación, a fin de que puedan determinar una ampliación del plazo no vencido para comparecer y acceder a las notificaciones emitidas. De tal manera que, si se pone a disposición del interesado la notificación a través de la sede electrónica o sede electrónica asociada, deberán publicarse en esta tanto la incidencia técnica acontecida en la DEHú como, en su caso, la ampliación concreta del plazo no vencido. Por tanto, se logra soslayar en parte la posible indefensión en la que quedaban sumidos los interesados cuando «por razones ajenas a la voluntad de la persona destinataria de la notificación y suficientemente justificadas resulta imposible tener conocimiento del acto notificado»[71].

La previsión del RAFME no introduce novedades significativas y no aclara, en todo caso, qué ocurre respecto de aquellos supuestos en los que la incidencia técnica se produce no en la DEHú sino en la propia sede electrónica de la Administración no perteneciente a la Administración General del Estado, habiéndose cursado dicha notificación exclusivamente a través de ese canal[72]. Cabe afirmar, a mi parecer, que

[70] Vid. al respecto J. LÓPEZ VIÑA, «Procedimiento administrativo. Plazos. Ampliación general en caso de ciberincidente. Regulación y comentario», *blog tuayuntamientoaqui.com*, 31 de marzo de 2022, disponible en https://blogdejoselopezvinyaaldia.com/2022/03/31/procedimiento-administrativo-plazos-ampliacion-general-en-caso-de-ciberincidente-regulacion-y-comentario/, última consulta el 5 de abril de 2022.

[71] J. VALERO TORRIJOS, «La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital…», *op. cit.*, p. 384.

[72] R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, «La plena eficacia de la e-Administración. Comentario y notas fundamentales del Real Decreto 203/2021…», *op. cit.*

ISSN 2036-7821

habrá que aplicar la previsión del art. 44.4 del RAFME que determina que una vez comunicada dicha incidencia a los órganos, organismos o entidades emisores que la utilicen como medio de comunicación, podrá acordarse una ampliación del plazo no vencido.

Por último, la LPAC no regula qué sucede cuando el interesado no accede a la notificación como consecuencia de una imposibilidad técnica que le impide el acceso al sistema de la notificación. En estos casos, a mi juicio, debe proceder la aplicación del art. 32.4 de la LPAC, que reconoce la posibilidad a las Administraciones públicas de ampliar los plazos en los supuestos de incidencias técnicas que hayan imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda, y hasta que se solucione el problema, debiendo publicar en la sede electrónica tanto la incidencia técnica ocurrida como la ampliación concreta del plazo no vencido[73].

3.2. El rechazo de la notificación electrónica.

Una vez practicada la notificación electrónica por la Administración, el art. 43.2 *in fine* de la LPAC prevé que esta «se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido»[74]. De esta manera, como se ha advertido *supra*, se invierte claramente

[73] Como reconocen X. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y J. ÁLVAREZ BARBEITO, «la prueba de la concurrencia de una causa de imposibilidad técnica o material de acceso corresponderá al interesado, si bien la Administración, que es la titular tanto de la sede electrónica como de la DEHU, puesto que será conocedora de la situación cuando se deba al propio sistema, debería aplicar de oficio la no presunción de rechazo y bien, o buscar otra vía de notificación, asegurándose de que el interesado recibe la misma o bien, ampliar consecuentemente el plazo para dar al mismo la posibilidad de acceder» («Sobre las notificaciones electrónicas en la Ley estatal…», *op. cit*).

[74] Sobre el rechazo de la notificación deben reseñarse un par de cuestiones. En primer lugar, sobre su alcance, N. ANGULO GARZARO, *et. al*. consideran que «no debe entenderse como una notificación no practicada: la notificación se ha practicado -luego el acto administrativo es eficaz- pero, ausente el acceso por parte del administrado, ha sido rechazada». En consecuencia «el acceso ulterior o no al contenido de la notificación por parte del administrado no condiciona en modo alguno la eficacia del acto administrativo, por cuanto no desvirtúa la conclusión de que la notificación ha sido practicada», lo que supone trasladar al administrado la obligación de notificar cuando debe ser la Administración quien asuma ese cometido («La audiencia en el procedimiento administrativo común: el efecto del rechazo de la notificación electrónica del trámite de audiencia», *AA*, núm. 5, 2019, *op. cit*). En segundo lugar, la LPAC califica como notificación rechazada los supuestos de falta de acceso al contenido de la notificación en el plazo de diez días desde su puesta a disposición cuando dicha notificación electrónica sea obligatoria por entablarse con alguno de los sujetos a los que la norma impone la relación telemática o bien porque dicho canal haya sido escogido voluntariamente por el interesado. De tal manera que, de conformidad con el art. 41.5 de la LPAC «cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento». Sobre el rechazo de la notificación electrónica, I. MARTÍN DELGADO considera que «se omite la exigencia de que exista constancia de la puesta a disposición; de otro, se elimina la facultad de romper la presunción de rechazo si el interesado puede demostrar la imposibilidad técnica o material del acceso. Además, no se establece expresamente el deber de que, incluso aunque se haya producido el rechazo por transcurso del tiempo, la notificación continúe disponible durante un tiempo -al menos, el equivalente a los plazos para impugnar el acto objeto de la misma-, con el fin de que su destinatario pueda conocerlo. De este modo, se perjudica gravemente la posición del interesado» («Una

ISSN 2036-7821

la carga de la práctica de la notificación que pasa de recaer en la Administración a hacerlo sobre el propio administrado[75]. En efecto, en expresión de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ «lo que antes era una garantía para los interesados se ha convertido así en una pesada carga, que puede llegar a ser extraordinariamente onerosa»[76].

---

panorámica general del impacto de la nueva ley…», *op. cit.*, pp. 186 y ss). De hecho, para C. I. VELASCO RICO, equiparar el rechazo de la notificación con el hecho de no haber accedido al contenido de la misma en los diez días naturales siguientes a su puesta a disposición genera efectos perniciosos para los derechos de los ciudadanos. Por tanto, será necesario a efectos de garantizar la operatividad de este precepto «que los ciudadanos realicen alguna actuación previa, ya sea dándose de alta en la DEHú o accediendo a la sede electrónica. En caso contrario los administrados pueden encontrarse con que la Administración les haya notificado sin su conocimiento en espacios o a través de medios que nunca han visitado o utilizado, o en una dirección electrónica de la que desconocen totalmente su existencia» («Novedades en materia de Administración electrónica», en C. I. VELASCO RICO (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015…, op. cit.*, p. 148). Ahora bien, en los supuestos en los que el acto a notificar sea la apertura del trámite de audiencia, en opinión de N. ANGULO GARZARO, *et. al.* tener por realizado el trámite tiene que ser interpretado en el sentido de que el plazo de audiencia ha concluido y, en consecuencia, no ha accedido al contenido de la notificación -esto es, resulta rechazada-, de tal manera que el administrado no dispone de plazo alguno para alegar y presentar documentos y justificaciones. Por tanto, si transcurridos diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación electrónica, el administrado o su representante no acceden al contenido de la misma, se entenderá rechazada y, en consecuencia, se tendrá por realizado el trámite y no podrá alegar y presentar documentos y justificaciones» («La audiencia en el procedimiento administrativo común: el efecto del rechazo…», *op. cit*). En tercer lugar, sobre la posibilidad o no de publicar una notificación electrónica rechazada en el BOE al entenderla como infructuosa de conformidad con el art. 44 de la LPAC, A. CERRILLO I MARTÍNEZ (coord.), *et. al.* consideran que «si se entiende que una notificación electrónica rechazada es una notificación practicada, en este supuesto no se aplicaría lo previsto en el art. 44 de la LPAC y, por lo tanto, no sería necesaria su publicación en el BOE» (*A las puertas de la administración digital: Una guía detallada para…, op. cit.*, pp. 238 y ss). No en vano, estos autores consideran que, en los casos en los que se haya determinado por vía reglamentaria la exigencia de la notificación electrónica para determinados colectivos de personas físicas y se desconozca la dirección electrónica o bien sea errónea, habrá que estar a la publicación en el BOE. Por su parte, L. MÍGUEZ MACHO considera que «tampoco se entiende por qué si fracasa el intento de notificación en papel se procede a la publicación de un anuncio en el BOE, mientras que si fracasa la notificación electrónica por falta de acceso a su contenido la misma se considera rechazada por su destinatario y, por tanto, se da por realizada, cuando es evidente que no hay motivo objetivo alguno que justifique la presunción de que la referida falta de acceso se deba en todos los casos a la voluntad del interesado de obstaculizar la práctica de la notificación» («Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración…, op. cit.*, p. 269). En contra, M. TARRÉS VIVES opina que «si entendemos que una notificación electrónica rechazada es una notificación practicada, no correspondería lo previsto en el art. 44 de la LPAC y, por lo tanto, no procedería la publicación en el diario oficial» («Notificación y publicación de los actos administrativos», en J. TORNOS MAS (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo…, op. cit*). Independientemente de lo anterior, tal y como se reconoce en la Sentencia 3244/2022, de 27 de julio, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), ECLI:ES:TS:2022:3244), «una vez realizados los dos intentos de notificación sin éxito por personal de Correos, se debe proceder, cuando ello sea posible, a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, acreditándose fehacientemente dicho extremo en la notificación».

[75] De esta manera, como afirma E. GAMERO CASADO, «cuando el canal electrónico se impone como obligatorio, lo que se tiene en mente no es precisamente prestar un mejor servicio a los ciudadanos, sino facilitarles las cosas a la Administración. Se pierde así, en gran parte, esa faceta servicial y asistencial de la Administración pública» («Reflexiones introductorias: de la administración electrónica a la digital (o la historia interminable)», en A. CERRILLO I MARTÍNEZ (dir.), *La administración…, op. cit.*, p. 45).

[76] T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Una llamada de atención sobre la regulación…», *op. cit.*, p. 365. De esta manera, en expresión de F. PLEITE GUADAMILLAS «se puede deducir que pesa sobre el administrado la

ISSN 2036-7821

De este modo, las garantías de los interesados obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración y aquellos que opten por este medio de notificación se ven drásticamente limitadas a consecuencia de esta cuestionable previsión, a diferencia de las establecidas para el cauce tradicional, por cuanto «se obliga a los interesados a visitar con frecuencia las sedes electrónicas de las diferentes Administraciones con las que pudieran tener una relación -no solo en procedimientos iniciados a su solicitud, sino también de oficio- so pena de considerar que han rechazado una determinada notificación a la que no han accedido»[77]. Y así, al no exigirse la permanencia de la notificación electrónica en el buzón del destinatario transcurrido el plazo de diez días puede que el interesado nunca llegue a ser consciente de la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica o en el PAGe con las consecuencias jurídicas que puedan derivarse[78]. Esta situación ya fue denunciada por el Consejo de Estado en su Expediente 275/2015, de 29 de abril, al Anteproyecto de LPAC[79], al referirse a cómo conciliar la multiplicidad de

obligación de notificarse en el plazo de diez días, que pasa de una conducta pasiva a activa, asumiendo la obligación de comprobar si la Administración notifica un acto, frente a la mera obligación en las notificaciones en papel de recibir» («¿La notificación electrónica es una auténtica notificación?», *op. cit*). En igual sentido, I. MARTÍN DELGADO considera que «seguimos optando por modelos que implican que el ciudadano venga a la Administración y no que ésta vaya al ciudadano», lo que nos lleva a calificar como inadecuado el traslado de la carga de la Administración al ciudadano en relación con el acceso a la notificación, pues ello «dificulta el acceso y afecta a las garantías de los derechos de los ciudadanos» («El acceso electrónico a los servicios públicos: Hacia un modelo de Administración digital auténticamente…», *op. cit.*, p. 187). Para X. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y J. ÁLVAREZ BARBEITO, «se trata de una presunción que convierte la pasividad del administrado —intencionada o no– en manifestación tácita de su voluntad de rechazo de la notificación» («Sobre las notificaciones electrónicas en la Ley estatal…», *op. cit.*). También se muestra crítico al respecto, A. BOIX PALOP, «Las notificaciones electrónicas en la Ley 39/2015: ineficientes para notificar y poco garantistas», blog *No se trata de hacer leer*, 18 de octubre de 2016, disponible en http://www.lapagina definitiva.com/aboix/?p=1412, última consulta el 6 de junio de 2022.

[77] En expresión literal de M. SÁNCHEZ MORÓN, «Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico…», *op. cit.*, p. 25. En suma, para F. PLEITE GUADAMILLAS, con este régimen el ciudadano «pasa de esperar y recibir la notificación, a buscar y encontrar la notificación de la Administración» de tal manera que «difícilmente, se puede hablar de notificación electrónica cuando no se comunica nada, sino que solo se pone a disposición del administrado los actos administrativos, siendo el receptor quien deberá notificarse» («¿La notificación electrónica es una auténtica notificación?», *op. cit)*.

[78] En definitiva, para E. GAMERO CASADO «al ciudadano le resulta imposible acceder a su contenido y saber siquiera que se le intentó notificar el acto, lo cual hace nuevamente de peor condición al usuario del medio electrónico respecto al presencial» («Panorámica de la Administración electrónica en la nueva legislación administrativa…», *op. cit.*, p. 22). Por su parte, I. MARTÍN DELGADO opina que «no se establece expresamente el deber de que, incluso aunque se haya producido el rechazo por transcurso del tiempo, la notificación continúe disponible durante un tiempo -al menos, el equivalente a los plazos para impugnar el acto objeto de la misma- con el fin de que su destinatario pueda conocerlo. De este modo, se perjudica gravemente la posición del interesado» («La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva ley de procedimiento…», *op. cit.*, p. 73). Aunque deben saludarse con éxito las incorporaciones previstas en el RAFME al respecto y que son analizadas *infra*.

[79] Dictamen 275/2015, del Consejo de Estado, de 29 de abril de 2015, *al anteproyecto de LPAC*, disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-275, última consulta el 2 de marzo de 2022.

ISSN 2036-7821

Administraciones públicas potencialmente notificadoras con los derechos de los interesados, por cuanto como se reconoce:
«si no quieren ver rechazadas las notificaciones que se les practiquen, se ven abocados a acceder a sus direcciones electrónicas al menos cada diez días. Si bien esto es asumible respecto de la Administración General del Estado a través del PAGe (según la definición del anexo de la LAECSP-cuya derogación plantea un vacío ya apuntado en las consideraciones generales-), no aclara la norma cuál es la situación que opera para el resto de las Administraciones públicas, lo que genera una situación de inseguridad jurídica para los interesados. Se sugiere reconsiderar el funcionamiento del sistema y arbitrar mecanismos centralizadores de las comunicaciones, una suerte de ventanilla única virtual de salida, que evite el peregrinaje virtual periódico de los interesados»[80].
No en vano, merece una evaluación positiva destinada a reforzar las garantías de los interesados que el RAFME establezca, con carácter básico, que, a fin de dar por efectuado el trámite de notificación, en la DEHú o en la sede electrónica o sede electrónica asociada en función de cual haya sido el medio escogido por la Administración para la práctica de la notificación, se deje constancia, con indicación de fecha y hora, del momento del acceso al contenido de la notificación, del rechazo expreso de la misma o del vencimiento del plazo previsto en el art. 43.2 de la LPAC. En este sentido, establece que el estado de trámite de dicha notificación se sincronizará automáticamente con la DEHú o con la sede electrónica o sede electrónica asociada en función del canal escogido por la Administración para la práctica de la notificación si esta también se hubiera puesto a disposición del interesado a través de esa vía.
En fin, aunque esta previsión permite al ciudadano tomar conciencia de un posible rechazo de la notificación por transcurso del plazo de diez días, no se articulan mecanismos adecuados que le permitan conocer la hipotética puesta a disposición de una notificación si no es únicamente a través del acceso y, por tanto, comprobación habitual.

3.3. El régimen jurídico de los avisos en las notificaciones electrónicas.
A fin de reforzar la capacidad del interesado para tomar conciencia de la puesta a disposición de la notificación electrónica, la LPAC prevé el envío de avisos de notificación, siempre que sea posible, a los dispositivos electrónicos y/o a la dirección de correo electrónico facilitada por el interesado o a través del PAGe de la Administración, que permita el acceso por el interesado al contenido de esta.

[80] Dictamen 275/2015, del Consejo de Estado, de 29 de abril de 2015, *al anteproyecto de LPAC,* disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-275, última consulta el 2 de marzo de 2022.

ISSN 2036-7821

El problema radica en que la garantía del aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado resulta limitada por cuanto su omisión «no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida»[81]. En efecto, sería de justicia, como así ha sostenido parte de la doctrina, que se modifique el régimen de la notificación electrónica para condicionar la validez de la notificación

[81] Pese a que, como apunta, F. ÁLVAREZ GARCÍA, los avisos electrónicos resultan una oportunidad para mejorar los procedimientos administrativos a través de su automatización («Notificación y avisos electrónicos: ventajas y dificultades», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 8, 2016, pp. 897 y ss) la configuración del art. 41.6 de la LPAC es para F. PLEITE GUADAMILLAS, «el paradigma de la inoperancia, pues, por un lado, establece una obligación de enviar un aviso y, por otro, afirma que si no se envía no tiene efecto alguno, es decir, es una mera recomendación sin que tenga consecuencias su incumplimiento. Por lo tanto, no avisar de la puesta a disposición de un acto en la sede electrónica es indiferente para el legislador» («¿La notificación electrónica es una auténtica notificación?», *op. cit*). En consecuencia, E. M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN sostiene que «el acto desplegará efectos, siendo posible que el interesado no haya tenido conocimiento alguno ni de la resolución ni de que se ha practicado la notificación, a salvo de que acceda sistemáticamente y cada menos de diez días a la sede electrónica de cada Administración a comprobar si tiene una notificación» («El procedimiento administrativo electrónico…», *op. cit.*, p. 677). Es más, I. MARTÍN DELGADO considera que «suprimir los efectos invalidantes de la notificación en ausencia de este aviso -ni siquiera se exige excepcionalidad en la omisión- es, sencillamente, poner en situación de indefensión al interesado, cuando esto ocurra, sobre todo si se tiene en cuenta que no hay motivos técnicos ni jurídicos para no practicarlo» («El acceso electrónico a los servicios públicos: Hacia un modelo de Administración digital auténticamente…», *op. cit.*, p. 197). En el ámbito de la Administración de Justicia, la regulación del aviso previsto en el art. 152.2 de la LEC es similar a la mantenida en el procedimiento administrativo, de tal manera que su falta no impedirá que la notificación sea considerada válida. En efecto, la Sentencia 6/2019, de 17 de enero, del TC (cuestión de inconstitucionalidad 3323-2017), ECLI:ES:TC:2019:6 reconoce que «el destinatario podrá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido aviso. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida». Por tanto, la configuración del aviso es meramente informativa no constituyendo un acto de comunicación. En síntesis, «el inciso final del precepto, que separa los efectos jurídicos de la omisión del aviso, respecto de la validez del acto de comunicación, aparece como una medida estrictamente necesaria para asegurar la propia eficacia del sistema de justicia electrónica en su configuración actual». No obstante, la Sentencia 579/2018, de 15 de junio, del TSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª), ES:TSJCAT:2018:7633, otorgó al aviso de la notificación condición de validez de la notificación practicada pues se constaba en el expediente que todas las actuaciones del procedimiento de comprobación limitada se habían puesto a disposición de la entidad a través del buzón electrónico asociado a su dirección de correo electrónico, emitiendo sobre todas ellas aviso salvo respecto de la liquidación tributaria. En consecuencia, el Tribunal considera que «si siempre se ha avisado a la entidad de la existencia de notificación en el buzón mediante el envío de correo a la dirección electrónica, es lo que debe hacer siempre; pues se genera una confianza en el administrado sobre dicha práctica». En definitiva, como reconoce el FJ 2 de la Sentencia «no basta contestar que tales avisos no son preceptivos para la AEAT, pero en justicia se impone un principio de igualdad, de seguridad jurídica en las notificaciones y de confianza legítima y de buena fe en la Administración. De tal manera que, si en idénticos casos y para esa misma entidad siempre se han mandado avisos, habrá que respetar el mismo criterio para el resto de las notificaciones, máxime cuando se trata de actuaciones del mismo procedimiento de comprobación tributaria». De hecho, como reconoce la Sentencia de 15 de junio de 2018 mencionada *supra* «esa confianza legítima hace que sea transcendente y relevante que el obligado no entrara en su D.E.H. a la vista que no había recibido un aviso en su dirección de correo como había ocurrido hasta ese momento. Es decir, era una actitud esperable en el obligado tributario sin que pueda tildarse de negligente el hecho que no accediera a su DEH». Vid. también M. J. GALLARDO CASTILLO, *El nuevo régimen de las notificaciones…*, *op. cit.*, p. 117 y ss.

ISSN 2036-7821

electrónica practicada a la existencia previa de un aviso al interesado que le permita tomar conciencia real de la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica correspondiente[82], ya que como ha reconocido el Tribunal Constitucional si el destinatario no llega a saber de la notificación como consecuencia de la falta de aviso, esta será inválida[83]. Aunque el RAFME mantiene el carácter meramente informativo del aviso, el art. 43.1 *in fine* hace responsable al interesado de la disponibilidad en el acceso al dispositivo o dirección de correo electrónico designado, debiendo comunicar a la Administración la existencia de alguna imposibilidad para practicar el aviso en tales medios en caso de que dejen de estar operativos o no tengan acceso al mismo. De esta manera, el incumplimiento del deber del ciudadano no afectará a la Administración, quien no tendrá responsabilidad alguna al respecto por los avisos efectuados a medios no operativos.
Merece también una evaluación positiva la posibilidad de que las Administraciones públicas creen bases de datos de contacto electrónico para la práctica de los avisos de

[82] M. SÁNCHEZ MORÓN, «Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de…», *op. cit.*, p. 25; De esta manera, en expresión de I. MARTÍN DELGADO, «queda en manos de la Administración actuante el cumplimiento de tal obligación sin que su incumplimiento tenga consecuencias jurídicas» («Una panorámica general del impacto de la nueva ley…», *op. cit.*, pp. 185 y ss). En efecto, este mismo autor reconoce que es la Administración la que debe determinar «la implantación de sistemas garantistas que, de manera automatizada, envíen aviso complementario de notificación en el mismo instante de la puesta a disposición de ésta en uno de los mencionados sistemas» («Una panorámica general del impacto de la nueva ley…», *op. cit.*, pp. 185 y ss). J. VALERO TORRIJOS reconoce que «no existe una clara y terminante obligación castigada legalmente de manera rotunda -con la correspondiente inequívoca sanción legal para los casos de incumplimiento-, de que cualquier trámite o actuación de los particulares pueda ser llevada a cabo utilizando medios electrónicos» («La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital…», *op. cit.*, p. 385). L. MÍGUEZ MACHO opina que «si no se prevé sanción jurídica alguna para el incumplimiento por la Administración de la teórica obligación de mandar el aviso de notificación siempre que el interesado haya identificado el medio de comunicación correspondiente, mal puede hablarse de verdadera obligación para la Administración» («Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración…, op. cit.*, p. 265). Es más, C. I. VELASCO RICO sostiene que «el interesado no está obligado a identificar dicho dispositivo electrónico o dirección de correo electrónico, con lo que, en algunos casos, la problemática planteada más arriba no podrá resolverse» («Novedades en materia de Administración electrónica», en C. I. VELASCO RICO (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015…, op. cit.*, p. 149). Por su parte, sobre los instrumentos necesarios para la práctica del aviso, L. MÍGUEZ MACHO opina que «a diferencia de lo que sucede con los medios electrónicos de notificación, la flexibilidad de la ley es total y no se cierran los medios que se pueden admitir para el envío del aviso, aunque hay que advertir que no parece muy correcto el uso del término dispositivos, pues se confunde el aparato con el sistema o medio de comunicación que se utiliza a través del mismo» («Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración…, op. cit.*, p. 264).

[83] En palabras del Tribunal Constitucional «en el presente supuesto afirmamos que la falta de recepción de los avisos de notificación adquieren particular relevancia, no porque ello determine per se la invalidez de las notificaciones efectuadas en la dirección electrónica habilitada, sino porque esa circunstancia impidió al recurrente tener conocimiento de la asignación de oficio de una dirección electrónica habilitada; de que, a través de ese medio fue requerido para que aportara la información reflejada en los antecedentes de esta resolución; y finalmente, de que, ante la falta de respuesta por su parte, le fue incoado un procedimiento sancionador, respecto de cuya tramitación y resolución final fue desconocedor hasta la apertura de la vía de apremio» (Sentencia 84/2022, de 17 de junio, del Tribunal Constitucional (Sala 1ª), recurso de amparo 83-2021, BOE-A-2022-12748).

ISSN 2036-7821

puesta a disposición de las notificaciones administrativas en sus respectivos ámbitos de aplicación.

3.4. La doble notificación administrativa.

Otra de las cuestiones que suscita cierta problemática es la doble notificación en aquellos supuestos en que un interesado es notificado, tanto física como telemáticamente.

El problema radica en la fecha que debe ser tenida en cuenta a la hora de computar el plazo de inicio para la interposición del recurso. En este sentido, el art. 41.7 de la LPAC sostiene que «cuando el interesado fuera notificado por distintos cauces, se tomará como fecha de notificación la de aquélla que se hubiera producido en primer lugar», entendiendo por cauces la concurrencia de notificaciones postales, electrónicas o por comparecencia o entrega directa por el empleado público, pero no la concurrencia de notificaciones y publicaciones. Como reconoce la Sentencia 370/2020, de 13 de julio, del TSJ de Asturias[84], «así y todo, sienta el principio legal general propicio a primar el momento del conocimiento efectivo y a no tomar en cuenta lógicamente el conocimiento inútil o redundante de la segunda notificación»[85]. De ahí que el TS aclare en su Sentencia 177/2020, de 12 de febrero[86], que deberá tenerse en cuenta la primera notificación recibida a los efectos del cómputo de plazos. En este sentido, las alegaciones de la recurrente pivotan en torno a considerar que la fecha que debe ser tenida en cuenta al efecto del cómputo del plazo para la interposición del recurso es la de la última notificación como reconoció en su día el TS en su Sentencia de 18 de marzo de 2003[87]. Ahora bien, en el asunto de aquella Sentencia se habían producido dos notificaciones físicas, es decir, una edictal, y otra notificación personal posterior. En este caso, la primera no permitió acreditar en ningún momento el acceso del interesado al contenido de la notificación. Por tanto, desde que entrara en vigor el RD 1671/2009, de 6 de noviembre, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han considerado que el art. 36.5 del Reglamento de 2009 era la solución para los casos en los que se practicara la notificación por diferentes cauces y en momentos temporales diferenciados, en cuyo caso «se entenderán producidos todos los efectos jurídicos derivados de la notificación, incluido el inicio

[84] Sentencia 370/2020, de 13 de julio, del TSJ de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, ECLI:ES:TSJAS:2020:1501.

[85] FJ 2 de la Sentencia 370/2020, de 13 de julio, del TSJ de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, ECLI:ES:TSJAS:2020:1501.

[86] Sentencia 177/2020, de 12 de febrero, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª), ECLI:ES:TS:2020:316.

[87] Sentencia de 18 de marzo de 2003, del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª), ECLI:ES:TS:2003:1905.

ISSN 2036-7821

del plazo para la interposición de los recursos que procedan, a partir de la primera de las notificaciones correctamente practicada»[88].

Ahora bien, siguen sin solventarse dos cuestiones que se ponen de manifiesto en la Sentencia 139/2019, de 13 de junio, del JCCA de Murcia[89]. De un lado, no se advierte al interesado que la notificación se ha intentado o se va a intentar practicar por distintos cauces y que el plazo para recurrir es desde que se efectúe la primera notificación y, de otro, en la segunda notificación figurará un plazo que induce a confusión al interesado por cuanto expresa que es desde el día siguiente al de esa concreta notificación, omitiendo que existen otros cauces empleados para notificar y que el plazo se inicia desde el día siguiente a que tenga lugar la primera notificación por cualquiera de los cauces intentados[90].

Mayor complejidad ha presentado para la doctrina discernir acerca de las consecuencias jurídicas que derivan de los supuestos de doble notificación, por medios y en momentos temporales diferenciados. En efecto, la norma se refiere a aquella que se hubiera producido en primer lugar, por tanto, es necesario determinar qué se entiende por «producida». Es decir, ¿una notificación practicada en la sede electrónica, transcurridos diez días sin el acceso del interesado al contenido de la notificación se ha producido en los términos que señala el art. 41.7 de la LPAC? La doctrina entiende que el precepto se refiere a la notificación efectivamente practicada por ser recibida, de tal manera que el interesado pueda tomar conocimiento real del inicio del cómputo de los plazos.

Lo mismo sucede cuando existe una notificación electrónica y una notificación física pero esta última practicada a través de la publicación edictal en el BOE por resultar infructuosa. En estos casos habrá que tomar como referencia la notificación electrónica por permitir esta frente a la otra acreditar verdaderamente el acceso al contenido de la notificación por el interesado.

Cuestión distinta es el supuesto de la doble notificación, pero a través del mismo medio para su práctica, por ejemplo, mediante la notificación por correo postal y la recogida por el interesado en la Administración. En este caso, cabe afirmar que no resulta de aplicación el art. 41.7 de la LPAC al circunscribir su alcance a los supuestos en los que fuera notificado por diferentes cauces.

Otro supuesto de doble notificación puede producirse como consecuencia del conocimiento de la notificación electrónica por un interesado no obligado a

[88] Vid. en este sentido la Sentencia 254/2016, de 25 de mayo, de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª), ECLI:ES:AN:2016:2239.

[89] Sentencia 139/2019, de 13 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Murcia, ECLI:ES:JCA:2019:4815.

[90] FJ 2 de la Sentencia 139/2019, de 13 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Murcia, ECLI:ES:JCA:2019:4815. En igual sentido, vid. el FJ 2 de la Sentencia 96/2019, de 22 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 7 de Murcia, ECLI:ES:JCA:2019:4786.

ISSN 2036-7821

relacionarse electrónicamente con la Administración, de tal manera que accede directa y voluntariamente al contenido de esta tras el aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico facilitada por él, informándole de la puesta a su disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la DEHú de conformidad con el art. 41.6 de la LPAC. Aunque posteriormente recibiera la notificación física, el cómputo del plazo comenzará en la fecha en la que tuvo acceso al contenido de la notificación electrónica por producirse en un momento temporal anterior[91].

No en vano, como ha advertido la doctrina, si la Administración:

«ha decidido notificar por el medio que sea y la ha recibido cuando convenientemente se ha practicado ¿por qué no puede el administrado computar como día de inicio del cómputo para interponer recurso el día de la recepción, por el hecho de que antes haya sido también recibida la misma notificación? No olvidemos que la circunstancia de la doble notificación no ha debido ser provocada por el administrado, sino que habrá sido la Administración la que ha remitido dos notificaciones por distinto medio»[92].

En cualquier caso, no cabe sino concluir, siguiendo a MIGUEZ MACHO, la irrefrenable merma de garantías del administrado a consecuencia del régimen normativo de la notificación electrónica, tal como está regulada, respecto de la notificación en papel[93].

3.5. La sucesión de personas físicas o jurídicas en materia de notificación.

[91] Ahora bien, en los supuestos en los que se acceda al contenido de la notificación electrónica cabe preguntarse si es o no necesario notificar nuevamente presencialmente al interesado al tratarse de un sujeto no obligado al empleado de medios electrónicos o que no ha establecido dicho medio como preferente. En este sentido, en opinión de I. MARTÍN DELGADO, sí sería necesario notificar dos veces toda vez que «resulta más garantista para el interesado que, aunque ha accedido al contenido de la notificación por medios electrónicos, tendrá la posibilidad de recibir la resolución administrativa también en papel» («Una panorámica general del impacto de la nueva ley…», *op. cit.*, p. 184). Además, de la dicción literal del art. 42.1 de la LPAC se deriva que «ambos medios de notificación son acumulativos: las notificaciones que se practiquen en papel deberán ser puestas a disposición del interesado en la sede electrónica. En consecuencia, solo en el supuesto de que el interesado manifieste expresamente su voluntad de que el resto de las notificaciones se puedan realizar por medios electrónicos la Administración actuante estará facultada para prescindir de la práctica de la notificación en papel».

[92] AA.VV., «El peligro de la doble notificación», *AA*, núm. 4, 2020.

[93] Por todos, vid. L. COTINO HUESO, «La preocupante falta de garantías constitucionales y administrativas en las notificaciones electrónicas», *RGDA*, núm. 57, 2021; L. MÍGUEZ MACHO «Las notificaciones electrónicas», en M. ALMEIDA CERREDA y L. MÍGUEZ MACHO (dirs.), *La actualización de la Administración…, op. cit*., p. 269; M.ª C. CAMPOS ACUÑA «Las Entidades Locales ante el nuevo procedimiento administrativo electrónico: los paradigmas derivados de la…», *op. cit*.; y, C. I. VELASCO RICO, «Novedades en materia de Administración electrónica», en. C. I. VELASCO RICO (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015…, op. cit*., pp. 133 y ss.

ISSN 2036-7821

Ha de hacerse notar que una de las grandes carencias del régimen de la notificación prevista en la LPAC ha sido la ausencia de regulación en los supuestos en los que el destinatario de la notificación administrativa ha fallecido.

Es fundamental, en este sentido, destacar que el art. 42.4 del RAFME, despeja las dudas sembradas por la LPAC respecto de la sucesión de personas físicas o jurídicas, *inter vivos* o *mortis causa*, en materia de notificación administrativa, de tal manera que corresponde a la persona o entidad que sucede al interesado comunicar la sucesión al órgano competente de la tramitación del procedimiento en el plazo de quince días desde el día siguiente al de la efectividad de la sucesión o desde el momento de la inscripción de la defunción en el Registro Civil, en el caso de fallecimiento de persona física[94]. En caso de que el procedimiento no hubiera finalizado, el órgano responsable de la tramitación procederá a autorizar a la persona o entidad sucesora el acceso a las notificaciones electrónicas ya practicadas desde la fecha del hecho causante de la sucesión y a practicar a dicha persona o entidad sucesora las notificaciones electrónicas que se produjesen en lo sucesivo.

En cualquier caso, si dicha persona física sucesora no está obligada a relacionarse telemáticamente con la Administración y no establece, por tanto, este cauce como el habitual, las notificaciones sucesivas se practicarán a través de medios no electrónicos, sin perjuicio de la garantía de acceso al expediente completo. En caso contrario, si el sucesor es una persona jurídica deberá recibir la notificación de forma electrónica habida cuenta que se trata de un sujeto obligado a relacionarse telemáticamente con la Administración.

4. Conclusiones.

La pérdida de garantías del ciudadano en el régimen de la notificación electrónica prevista en la LPAC, si se compara con la anterior regulación, es palmaria, máxime si se tiene en cuenta la posición a la que se relega al ciudadano, que pasa de esperar a ser notificado a tomar parte activa del proceso de notificación, por ejemplo, a través de la consulta, no diaria, pero sí habitual, a las sedes electrónicas o, en su caso, de la solicitud de apertura de la DEHú, a fin de tomar conciencia de la puesta a disposición de una notificación electrónica. Se diluye, en definitiva, la concepción de la notificación administrativa como una obligación de resultado, ajustándose más propiamente a una obligación de medios, por cuanto la Administración cumple con la puesta a disposición de la notificación en la sede o en la DEHú con los consabidos peligros en cuanto a la tutela judicial efectiva y a la seguridad del interesado obligado a relacionarse telemáticamente con la Administración, o quien no estando

[94] De acuerdo con el art. 42.4 *in fine* del RAFME «si la persona o entidad sucesora efectúa la comunicación después de dicho plazo, los defectos de la práctica de notificaciones que se deriven de este incumplimiento, que hubieran acaecido con anterioridad a dicha comunicación, le serán imputables al interesado».

ISSN 2036-7821

obligado, elige este medio como cauce habitual para la práctica de notificaciones por parte de las diferentes Administraciones públicas.

Tampoco soy favorable a la previsión del art. 43.2 *in fine* de la LPAC en virtud de la cual la notificación «se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido», pues la LPAC parece olvidar la existencia de procedimientos iniciados de oficio donde el ciudadano desconoce el cómo, cuándo y por qué de una posible notificación electrónica, de tal manera que en caso de que transcurran diez días sin el acceso al contenido de la notificación esta se entenderá rechazada, siendo este aspecto igual de desconocido para el notificado. Esto último, se solventa *a priori* con las previsiones de los arts. 44.6 y 45.2 del RAFME que exigen, a efectos de dar por efectuado el trámite, que en la DEHú o en la sede electrónica o sede electrónica asociada en su caso, se deje constancia, con indicación de la fecha y hora, del momento del acceso al contenido de la notificación, del rechazo expreso de la misma o del vencimiento del plazo previsto en el art. 43.2 de la LPAC. Con todo, siguen sin articularse mecanismos que permitan al interesado tomar conciencia de una posible notificación.

Por lo que se refiere a los procedimientos iniciados de oficio, el art. 43.2 del RAFME refuerza las garantías de los interesados obligados a relacionarse telemáticamente con la Administración de los que esta última desconozca sus datos de contacto electrónico al establecer que la primera notificación se realizará presencialmente. De tal manera que, respecto de los obligados a la relación telemática de los que esta última sí disponga de sus datos de contacto, se deduce que la primera notificación que practique la Administración también se realizará telemáticamente, aunque, por diferentes motivos, el aviso de la puesta a disposición no llegue a practicarse, lo que, en definitiva, hace perder fuerza a la posición del interesado en el acto de la notificación electrónica. Sería, deseable, desde mi punto de vista, que, en estos casos, el aviso de la notificación resulte obligatorio o que se acredite la recepción por el interesado de la notificación electrónica.

Mayor complejidad plantea, en fin, el carácter meramente informativo del aviso de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo correspondiente o en la DEHú del interesado. De tal manera que, pese a que *a priori* la práctica de la notificación electrónica se refuerza con la existencia de un aviso que permita al interesado tomar conciencia de la notificación electrónica así practicada, su carácter meramente informativo y no obligatorio impide que se refuercen las garantías del destinatario de la notificación al carecer de la confianza legítima depositada en la Administración de que junto con la práctica de la notificación electrónica en la sede electrónica correspondiente o en la DEHú, existirá

ISSN 2036-7821

un aviso informando de su puesta a disposición. En este sentido, el RAFME, como no podía ser de otro modo, mantiene el carácter meramente informativo del aviso.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Cooperazione in materia migratoria tra Unione Europea e Paesi Africani: una leadership per il Marocco?

di Gian Maria Piccinelli

(Professore ordinario di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania *Luigi Vanvitelli*)

Sommario

1. Libera circolazione e cooperazione allo sviluppo nelle relazioni euro-africane in materia di migrazioni – 2. Le fasi delle politiche migratorie euro-mediterranee ed euro-africane – 3. Le riforme giuridiche collegate alla gestione delle migrazioni – 4. Il ruolo del Marocco tra vecchie e nuove criticità.

Abstract

On 10 December 2018, the Global Compact for Migrations was signed in Marrakech, the "Global Pact for Safe, Orderly and Regular Migration". The document, which is not binding on the 160 signatory States, represented a moment of fundamental convergence of international cooperation on migration matters with a view to a more concrete and current regulation of the general principle of free movement of persons sanctioned, seventy years earlier, by the art. 13 of the Universal Declaration of Human Rights.

Based on the New York Declaration on refugees and migrants adopted by the UN General Assembly in September 2016 and accompanied, in parallel, by the approval process of the Global Compact on Refugees (the so-called Global Compact for Refugees), the Global Compact for Migrations responds to the priority of developing national and international cooperation mechanisms that take into account human mobility for which, to date, a binding multilateral regulation continues to be lacking.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

Il 10 dicembre 2018 è stato firmato a Marrakech il *Global Compact for Migrations*, il "Patto globale per una migrazione sicura, ordinata e regolare". Il documento, non vincolante per i 160 Stati firmatari, ha rappresentato un momento di fondamentale convergenza della cooperazione internazionale in materia migratoria nella prospettiva di una più concreta e attuale regolazione del principio generale di libera circolazione delle persone sancito, settant'anni prima, dall'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.[1]

Fondato sulla Dichiarazione di New York sui rifugiati e i migranti adottata dall'Assemblea generale dell'ONU a settembre 2016 e accompagnato, parallelamente, dall'iter di approvazione del Patto globale sui rifugiati (il cd. *Global Compact for Refugees*), il *Global Compact for Migrations* risponde alla priorità di sviluppare meccanismi di cooperazione nazionali e internazionali che tengano conto della mobilità umana per la quale continua, ad oggi, a fare difetto una regolazione multilaterale di carattere vincolante.

Per tale firma, il Marocco ha intrapreso un lungo e complesso lavoro preparatorio a livello internazionale, facendone contemporaneamente un obiettivo primario della propria politica di cooperazione nel contesto euro-africano. In particolare, ha svolto un'ampia attività diplomatica per ridurre la distanza, evidenziata nell'ambito del Doha Round del WTO, tra le posizioni dei paesi in via di sviluppo, che ritengono prioritaria la liberalizzazione della circolazione delle persone fisiche (capitale umano), e quelle dei paesi industrializzati, che sostengono la liberalizzazione della circolazione di servizi, merci e capitali unitamente a stringenti esigenze securitarie[2].

La complessità di questo dibattito ha anche avuto effetto nella produzione di adeguate regole giuridiche all'interno del Marocco che per la sua posizione geografica si presenta come *hub* migratorio con un ruolo primario nella gestione sia dei flussi in uscita di cittadini e di stranieri in transito, sia dei flussi in ingresso[3]. Una situazione condivisa, in generale, con tutti i territori nordafricani che fungono da

[1] "Ognuno è libero di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio": si tratta di un principio che, nel corso degli anni, è stato ribadito in modo più o meno fedele da atti di livello sia internazionale (come l'art. 12.2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, l'art. 10.2 della Convenzione sui diritti dei bambini del 1989, l'art. 8 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti del 1990), sia regionale (l'art. 2.2 del Quarto protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1963, l'art. 22.2 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo del 1969, l'art. 12.2 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981) fino all'Agenda ONU per lo sviluppo sostenibile del 2015. Per un'analisi comparativa dello statuto dei migranti, cfr. O. SPATARO, *Fenomeno migratorio e categorie della statualità. Lo status giuridico del migrante*, Torino, 2020.

[2] Cfr. il recente volume V. FARGION – M. GAZIBO (editors), *Revisiting EU-Africa Relations in a Changing World*, Cheltenham-Northampton, 2021, che analizza l'evoluzione delle politiche migratorie euro-africano alla luce dello stato attuale della cooperazione allo sviluppo e dell'evoluzione dei processi di democratizzazione.

[3] Si v. L. GAZZOTTI, *Immigration Nation: Aid, Control, and Border Politics in Morocco*, Cambridge, 2021. Per un approccio geopolitico che pone al centro la discussione delle narrative sulle migrazioni euro-mediterranee e adotta il Marocco come *case study* soprattutto con riferimento alle migrazioni per ragioni climatiche, si v. M. PARADISO (editor), *Mediterranean Mobilities. Europe's Changing Relationships*, Cham, 2019.

ISSN 2036-7821

terminali di percorsi infra-continentali aventi origine in aree interne caratterizzate da instabilità politica, scarso sviluppo economico ed elevata insicurezza[4].
Dal punto di vista dello status giuridico dei migranti in quest'area, assistiamo a flussi misti: accanto a una ridotta percentuale di migranti autorizzati per motivi di lavoro o tutelati per ragioni politiche in base alle convenzioni internazionali, riscontriamo una più ampia percentuale di migranti irregolari a cui è necessario aggiungere gli sfollati interni. Anche costoro sono spinti ad abbandonare i territori di origine da ragioni diversificate: non solo politico-economiche, ma sempre più climatiche, familiari o personali e, spesso, anche politico-religiose per la diffusione di movimenti radicali e jihadisti.
Obiettivo del presente lavoro è di analizzare l'impatto della cooperazione euro-africana ed euro-mediterranea sulle trasformazioni giuridiche interne dell'ordinamento marocchino e di come queste possano contribuire a trovare soluzioni sostenibili e condivise alle esigenze di gestione migratoria da parte dei molteplici attori coinvolti.

1. Libera circolazione e cooperazione allo sviluppo nelle relazioni euro-africane in materia di migrazioni

Il Marocco ha contribuito in modo significativo a preparare l'Agenda dell'Unione Africana sulle migrazioni in vista dell'adozione del *Global compact* a Marrakech. Già da diversi incontri preliminari in vista della Conferenza, emerge la presa d'atto di un sostanziale mutamento di prospettiva nelle dinamiche migratorie intra-africane a fronte di una permanenza della chiusura dei confini europei e degli altri paesi industrializzati:
"[…] le phénomène migratoire renvoie aux déplacements des migrants à la recherche de meilleurs opportunités de vie. Cependant, cet espace de liberté de circulation des personnes et des biens offre des opportunités et peut représenter des avantages pour le développement économique des pays d'accueil.
Il faut concevoir la migration comme un échange, comme une circulation au sein d'un même espace. Les chiffres récents de la migration au sein des pays de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) démontrent qu'il y avait 1,3 millions de burkinabés en Côte d'Ivoire et 540 000 Ivoiriens au Burkina.
La migration africaine de demain sera de plus en plus une migration intra-africaine, conséquence à la fois des restrictions à l'émigration vers l'Europe, mais surtout conséquence du décollage africain, des nouvelles opportunités économiques, mais aussi de l'intégration des valeurs de la mondialisation sur le continent africain. Les

[4] Cfr. K.P. NORMAN, *Migrant and refugee mobilisation in North African host states: Egypt and Morocco in comparison*, in *The Journal of North African Studies*, 2020, pp. 679-708.

ISSN 2036-7821

sociétés africaines sont de plus en plus des sociétés mondialisées. Selon l'Organisation internationale pour les migrations, plus de 50% des 32 millions de migrants africains sont aujourd'hui des migrants intra-africains. 60% selon la Banque mondiale et certains chercheurs parlent même de 70% à 80%. Les chiffres varient mais la tendance reste la même"[5].

Per i migranti africani, l'opzione tra prosecuzione del viaggio e stabilimento su un territorio di transito, talora decisa sulla base di situazioni contingenti e non programmate, risente anche delle opportunità di più o meno libera circolazione tra gli stati dell'area sahelo-sahariana. Si tratta di una regione nella quale la Comunità Economica degli Stati dell'Africa Occidentale (CEDEAO), istituita con il Trattato di Lagos del 1975[6], ha creato una vasta area di libera circolazione e libero stabilimento[7] al fine di:

"créer une région sans frontière, paisible, prospère et cohérente, bâtie sur la bonne gouvernance et où les populations ont la capacité d'accéder et d'exploiter ses énormes ressources par la création d'opportunités de développement durable et de préservation de l'environnement"[8].

La questione della libera circolazione delle persone in un'area estremamente vasta sulla quale insistono i territori dei 15 paesi membri della CEDEAO rappresenta allo stesso tempo una sfida e un'attrattiva per il Marocco. Anche se questi non è ancora membro di detta organizzazione (la domanda di ammissione, presentata nel 2017 insieme a quella di Tunisia e Mauritania, è ancora nella fase di esame preliminare)[9], gli effetti di tale principio hanno comunque su di esso ripercussioni rilevanti in considerazione di diversi fattori. La sfida è rappresentata dalla necessità di una *governance* attenta ed equilibrata di flussi che, almeno in teoria, si presentano come

[5] M. Nadir EL HABIB, *La politique marocaine de la migration, à l'aune de l'adhésion du Royaume du Maroc à la CEDEAO*, in IRES, *La question migratoire en Afrique: enjeux, defis et strategies de reponse*, Rabat, 2018, p. 20.

[6] Attualmente conta 15 stati membri: Benin, Burkina Faso, Capo Verde, Costa d'Avorio, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Senegal, Sierra Leone e Togo. "La CEDEAO a pour objectif de promouvoir la coopération économique et politique entre les États. Elle est à cet égard en phase avec l'Histoire dans la mesure où les Ouest-Africains, bien avant la colonisation, ont été parmi les populations les plus mobiles au monde même si l'essentiel de cette mobilité s'est effectuée au sein de la région" (https://www.ecowas.int/a-propos-de-la-cedeao/historique/?lang=fr).

[7] Le fonti giuridiche di riferimento sono: l'art. 59 del Trattato istitutivo della CEDEAO; il Protocollo di Dakar A/SP.1/5/79 del 25 maggio 1979 sulla libera circolazione delle persone, il diritto di residenza e di stabilimento; il Protocollo di Cotonou A/P/3/5/82 del 29 maggio 1982 che adotta il Codice della cittadinanza della Comunità; il Protocollo di Abuja A/SP.1/7/86 del 1 luglio 1986 sul diritto di residenza; il Protocollo di Banjul A/SP.2/5/90 del 29 maggio 1990 sul diritto di stabilimento. Inoltre, la 46ma Conferenza dei Capi di Stato e di Governo della Comunità, tenutasi ad Accra nel luglio 2014, ha regolamentato il rilascio della carta di identità biometrica della CEDEAO entrata in circolazione dal 2016.

[8] CEDEAO, *Vers une Communauté Démocratique et Prospère*, 2010, p. 28. Online: https://www.ecowas.int/wp-content/uploads/2015/03/Vision_2020_fr.pdf.

[9] Sul processo di ammissione del Marocco alla CEDEAO, si vd. lo studio dell'Institut Royale des Etudes Strategiques - IRES, *La migration africaine*, Dèc. 2018, in part. pp. 153 ss. Online: https://www.ires.ma/fr/publications/rapports-th%C3%A9matiques/781-la-migration-africaine.html.

ISSN 2036-7821

circolari, ma che in potenza potrebbero essere principalmente destinati ad accrescere il numero di quanti intendono, nonostante la chiusura delle frontiere, attraversare lo Stretto di Gibilterra o raggiungere le Isole Canarie o, quanto meno, superare le barriere di una delle due enclavi spagnole di Ceuta e Melilla. È da considerare che le morfologie geografiche dell'area saheliano-sahariana rendono estremamente permeabili i confini, facilitando gli spostamenti di masse significative di persone quale conseguenza dei fattori socio-economici e ambientali che condizionano negativamente la vita nei paesi africani e inducono a cercare altrove stabilità e sicurezza[10]. Non è questa la sede per approfondire il ruolo delle organizzazioni criminali che gestiscono i traffici di droga, di persone, di armi lungo le storiche rotte dei commerci trans-sahariani, ma il loro ruolo va tenuto comunque in considerazione per comprendere meglio la complessità e le difficoltà di *governance* delle migrazioni a livello intra-africano e trans-mediterraneo[11].

Sull'altro piatto della bilancia, in ogni caso, è da porre l'attrattiva dell'afflusso di capitale umano, di mano d'opera e di competenze specialistiche selezionate, quale contributo ai processi di sviluppo economico degli stati africani[12]. Almeno per il mercato del lavoro, la libera circolazione sta realizzando processi di migrazione circolare favoriti dalla possibilità di sfruttare con facilità (dal punto di vista delle autorizzazioni per il superamento delle frontiere) le opportunità di occupazione, anche stagionali.

Resta la preoccupazione europea per la pressione migratoria potenzialmente connessa con la libera circolazione nell'Africa occidentale. La prospettiva di mantenere aperto il dialogo politico, economico e sociale con i paesi dell'area costituisce una priorità anche per il Marocco che si è assunto e continua a svolgere un ruolo centrale e attivo di mediazione e stimolo.

2. *Le fasi delle politiche migratorie euro-mediterranee ed euro-africane*

L'inizio di una nuova visione europea verso la sponda sud del Mediterraneo, e di qui verso l'Africa, coincide con la realizzazione del *Partneriato Euro-mediterraneo*, conosciuto anche come Processo di Barcellona, avviato con gli Accordi del 1995 per creare una zona di pace, stabilità, sicurezza e prosperità economica condivisa – nel pieno rispetto dei principi democratici, dei diritti umani e delle libertà fondamentali – e promuovere la comprensione tra culture e civiltà nella regione euro-

[10] Si v. il recente contributo di S. SADDIKI, *The Maghreb and intra-African Migration. One challenge and different strategies*, in I. MOYO, J.P. LAINE, C. CHANGWE NSHIMBI (editors) *Intra-Africa Migrations. Reimaging Borders and Migration Management*, London, 2021, chapt. 8 (ebook).

[11] Interessante, a questo proposito, lo studio di C. D'ORSI, *Migrant Smuggling in Africa: Challenges Yet to Be Overcome*, in *African Journal of Legal Studies*, 2021, p. 471-500.

[12] R. IDRISSA, *Europe-Africa unequal pacts: the case of West African migration*, in *Revisiting EU-Africa Relations*, cit., p. 104-115.

ISSN 2036-7821

mediterranea. In realtà, le politiche poste al centro di questo Processo sono state, sin dall'inizio, indebolite dall'acuirsi dell'instabilità politica nel contesto del conflitto arabo-israeliano a seguito dell'uccisione del Premier Ytzhak Rabin il 4 novembre 1995. Tuttavia, l'approccio multilaterale adottato in quella fase ha consentito di giungere a firmare Accordi di associazione tra l'UE e i paesi dell'area mediterranea, accordi che sono divenuti le fondamenta dei programmi e delle azioni successivi.
Nello stesso periodo, a fronte dell'incremento dei flussi migratori, le politiche dell'UE di esternalizzazione delle frontiere hanno progressivamente mostrato crescenti lacune e difficoltà di attuazione.
Consideriamo ad esempio il principio, inserito nella Convenzione del 1990 di applicazione dell'accordo di Schengen, dell'obbligo del vettore di sostenere gli oneri per il rimpatrio dello straniero che sia respinto all'ingresso in quanto sprovvisto dei documenti e dei presupposti per l'ingresso. Non possiamo ignorare come esso abbia avuto effetto, tra l'atro, sull'ammissione degli asilanti che difficilmente possono progettare un viaggio che consenta di uscire provvisti di regolari visti dal loro paese e altrettanto regolarmente accedere a quello di destinazione.
Lo sviluppo dei meccanismi di esternalizzazione, con l'onere del controllo delle frontiere sullo Stato firmatario sul cui territorio i migranti stiano transitando, è accompagnato dagli accordi di riammissione delle persone in situazione di soggiorno irregolare. La difficoltà di piena attuazione di questo sistema si è particolarmente manifestato con la crisi migratoria del 2015. Da qui la necessità di rivedere con urgenza norme interne e accordi esterni, tenendo anche conto dell'esperienza dei paesi terzi e delle loro effettive potenzialità di controllo. Infatti, se i flussi mediterranei provenienti da Turchia e Libia, hanno sostanzialmente determinato la creazione di un "vuoto di tutela giuridica" intorno ai migranti ed ai richiedenti asilo (anche potenziali)[13], altri stati della sponda nordafricana, in particolare Marocco e Tunisia, hanno mantenuto un dialogo costante e aperto con l'UE – anche se non sempre pienamente costruttivo – che ha consentito di monitorare in modo più attento le condizioni di trattenimento degli stranieri migranti sul loro territorio.
Il crescente potenziamento, dopo il 2001, del cd. Dialogo 5+5 (che dal 1990 riunisce i paesi dell'area euro-mediterranea occidentale: Portogallo, Spagna, Francia, Italia, Malta per l'Europa e Marocco, Mauritania, Algeria, Tunisia, Libia per il Maghreb) ha permesso di disporre di un ulteriore strumento di cooperazione in materia migratoria. La *Dichiarazione di Tunisi sulle migrazioni*, adottata nel 2002 nell'ambito del Dialogo 5+5 e rafforzata dalle Conclusioni della Seconda Conferenza sulla Migrazione nel Mediterraneo Occidentale tenutasi a Rabat il 22-23 ottobre 2003, ha

[13] Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione - ASGI, *L'esternalizzazione delle frontiere e della gestione dei migranti: politiche migratorie dell'Unione europea ed effetti giuridici*, Torino, 2019, p. 18. Online: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/01/2020_1_Documento-Asgi-esternalizzazione.pdf

ISSN 2036-7821

affermato la volontà dei partner di prendere in considerazione approcci multilaterali su questioni migratorie comuni, mediante scambio di informazioni e analisi condivise delle tendenze migratorie, collaborazioni finalizzate a prevenire l'immigrazione clandestina e la tratta di persone, nonché la gestione dei flussi migratori legali con particolare riferimento ai lavoratori migranti. Dopo Tunisi 2002 e Rabat 2003, il quadro della cooperazione in materia di migrazione tra i 5+5 si è ampliata attraverso gli sviluppi politici nelle successive conferenze: Algeri 2004, Parigi 2005, Algeciras 2006, Évora 2008 e Tripoli 2010, Malta 2012[14].

Una seconda fase (che potremmo temporalmente delimitare nel periodo 2005-2016) vede lo sviluppo della *Politica Europea di Vicinato* (PEV) avviata a partire dal 2003. Rimanendo ancorata agli obiettivi del Processo di Barcellona, la PEV ha progressivamente messo in atto e rafforzato alcuni strumenti di dialogo in ambito regionale, sia di carattere politico generale, sia mirati a coordinare gli sforzi dei diversi paesi per controllare e gestire i flussi migratori. Allargata anche agli stati limitrofi rispetto a quelli già inseriti nel Processo di Barcellona, la PEV si è caratterizzata per il passaggio da un approccio multilaterale a una visione più condivisa e concertata per offrire relazioni e soluzioni differenziate verso i singoli paesi terzi. Ciò ha consentito di considerare sia le particolari esigenze nazionali, sia gli sforzi di collaborazione nella gestione delle migrazioni da parte di ciascun paese terzo, al fine di orientare e definire l'aiuto finanziario e tecnico, insieme alla concessione di vantaggi commerciali. Tuttavia, l'impegno per giungere a negoziare accordi di riammissione con tutti i paesi aderenti alla PEV non ha avuto il successo atteso. Un Dossier del Senato italiano, di settembre2005[15], evidenziava come il Marocco (insieme a Tunisia, Algeria ed Egitto) si sia impegnato "ad adottare provvedimenti drastici relativi al controllo delle migrazioni e del transito attraverso i loro rispettivi territori" usufruendo "dell'assistenza tecnica nell'ambito dei programmi di cooperazione giudiziaria e tra polizie promossi dall'Ue e dai singoli Stati membri". Nonostante ciò, l'UE non ha ancora concluso un accordo di riammissione con il Marocco. La questione, vibratamente sollevata soprattutto dai paesi maghrebini, è che la "riammissione non può essere separata da un approccio più globale al fenomeno delle migrazioni, che includa la lotta contro la povertà e lo sviluppo economico nelle zone a forte pressione migratoria. Ciò deriva dalla convinzione, diffusa presso i governi dei paesi mediterranei, che il fenomeno legato all'immigrazione clandestina nell'area euro-mediterranea costituisca una responsabilità comune dei paesi del Nord e del Sud, e che esso vada contrastato non solo con accordi di riammissione, ma anche con programmi di cooperazione allo

[14] T. GIL RICOL, *The Barcelona Process, 25 years later: an overview of regional migration initiatives in the Mediterranean*, in *Repères et Perspectives Economiques*, 2020, pp. 103-119.

[15] J.-P. CASSARINO - ISTITUTO AFFARI INTERNAZIONALI – IAI (a cura di), *I negoziati relativi alla riammissione nell'ambito del processo di Barcellona*, Roma, 2005.

ISSN 2036-7821

sviluppo a lungo termine, volti ad attenuare l'asimmetria nei rapporti tra le due sponde del Mediterraneo"[16].

In questo quadro, gli sforzi dell'UE si sono concentrati nel rafforzamento del dialogo politico, economico e sociale attraverso iniziative quali l'*Unione per il Mediterraneo* (UpM), varata nel Vertice di Parigi del 2008, quale cornice istituzionale per il partenariato intergovernativo di cooperazione multilaterale tra l'UE e i paesi del Mediterraneo meridionale e orientale.

L'inizio della terza e attuale fase si può far coincidere con la riammissione, nel 2017, del Marocco nell'Organizzazione dell'Unione Africana dalla quale di era ritirato nel 1984 a seguito delle ampie divergenze relative alla questione del Sahara occidentale. In realtà, sin dall'inizio del suo regno nel 1999, Mohammed VI ha dato un deciso indirizzo africano alla politica estera marocchina, proponendo il proprio paese come un indispensabile ponte di dialogo equilibrato e aperto verso l'Africa. Contemporaneamente, sempre nel 2017, la domanda di ammissione alla CEDEAO e, nel 2018, l'organizzazione della conferenza delle Nazioni Unite per l'adozione del *Patto globale sulle migrazioni* hanno ulteriormente confermato la volontà del Governo di Rabat di rappresentare un partner affidabile, sia verso l'Africa che verso l'Europa, nella gestione dei flussi migratori.

Questa posizione mediana – potremmo dire 'medi-terranea' – soffre comunque sotto la forte pressione africana dovuta all'instabilità politica ed economica aggravata dai disastri climatici. La preparazione della *COP22 sui cambiamenti climatici* (tenutasi dal 7 al 18 novembre 2016 in Marrakech) è stata per il Marocco l'occasione di riportare al centro del dibattito internazionale l'esigenza di una soluzione concertata per offrire tutela giuridica anche ai migranti climatici. In tale prospettiva possiamo considerare i risultati della riunione di Casablanca[17] dell'Executive Committee del Meccanismo Internazionale per le perdite e i danni ambientali fissato dalla COP19 di Varsavia (*Warsaw International Mechanism for Loss and Damage*) che hanno consentito di far approvare, in sede di COP22, un piano di azione quinquennale che impegna gli stati ad affrontare e trovare soluzioni concrete per le conseguenze dei cambiamenti climatici relative agli eventi a lenta insorgenza, alle perdite non economiche (ad esempio, la cultura e l'identità) e alle migrazioni[18].

In questa fase, ai fini della nostra analisi, di particolare interesse è l'evoluzione del Dialogo euro-africano sulla migrazione e lo sviluppo (noto come *Processo di Rabat*). Dal 2006, esso riunisce i paesi di origine, transito e destinazione delle rotte migratorie che collegano l'Africa centrale, occidentale e settentrionale con l'Europa e consente una consultazione diretta tra i governi aderenti. Sono coinvolti 57 partner statali e

[16] *Ibid.*, p. 11.

[17] *Technical Meeting on Migration, Displacement and Human Mobility* tenutosi dal 27 al 29 luglio 2016.

[18] Cfr. *Report of the Executive Committee of the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage associated with Climate Change Impacts*, 14-10-2016, p. 12. Online: http://unfccc.int/resource/docs/2016/sb/eng/03.pdf.

ISSN 2036-7821

organizzazioni sovranazionali, tra cui l'UE e la CEDEAO. Il piano di azione di questo processo è stato progressivamente definito e rafforzato nell'ambito delle Conferenze Ministeriali Euro-Africano sulla migrazione e lo sviluppo che si sono tenute, abbastanza regolarmente, con cadenza triennale (Parigi 2008, Dakar 2011, Roma 2014, Marrakech 2018). Fondamentale la cd. Strategia di Dakar[19] del 2011 contenuta nella omologa Dichiarazione fondata su tre pilastri principali: 1. organizzazione di migrazioni legali; 2. lotta contro le migrazioni illegali; e 3. rafforzamento delle sinergie tra migrazioni e sviluppo. Da questi discendono principi, obiettivi e azioni da realizzare per gestire le migrazioni e, in parallelo, sostenere i processi di sviluppo.
La relazione migrazioni-sviluppo è stata ribadita e migliorata, poi, dal Programma contenuto nella Dichiarazione di Roma del 2014[20] all'interno della quale un'enfasi particolare è stata aggiunta in merito al ruolo della criminalità nell'organizzazione dei flussi migratori irregolari, oltre ai reati che a questi sono spesso correlati. Nella stessa sede, sotto l'egida italiana, è stato avviato il cd. Processo di Khartoum, un'iniziativa analoga al Processo di Rabat ma finalizzata a promuovere il dialogo nel settore della migrazione lungo la rotta dal Corno d'Africa all'Europa.
Alla vigilia dell'adozione del Global Compact, il Marocco ha ospitato nel maggio 2018 la Quinta Conferenza Ministeriale del Processo di Rabat che ha visto l'approvazione della Dichiarazione e del Piano di azione di Marrakech[21]. I pilastri fissati a Dakar sono stati confermati ed estesi alla protezione internazionale e all'asilo, nonché alle questioni del rientro, della riammissione e della reintegrazione dei migranti. La Dichiarazione di Marrakech, inoltre, ha introdotto un meccanismo di impegno unilaterale su base volontaria di un qualsiasi paese partner per l'attivazione e realizzazione di una o più azioni tra quelle definite nell'accordo.

L'esperienza delle relazioni euro-mediterraneo-africane sin qui riportate ha contribuito alla preparazione del nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo che la Commissione UE ha presentato nel settembre 2020 come nuova visione strategica in materia di migrazione[22]. Si intende, infatti, abbandonare la politica degli interventi *ad hoc*, finalizzati a porre rimedio a situazioni specifiche allorché queste – nella maggior parte dei casi – già manifestano conseguenze non facilmente reversibili su uno o più membri dell'Unione. L'obiettivo è di creare un sistema unitario e coordinato – anche con i paesi terzi – di prevenzione, fondato sulla reciproca fiducia,

[19] Online: https://www.rabat-process.org/images/RabatProcess/Documents/strategy-dakar-ministerial-conference-dakar-2011-rabat-process.pdf.
[20] Online: https://www.rabat-process.org/images/RabatProcess/Documents/declaration-programme-rome-ministerial-conference-rome-2014-rabat-process.pdf.
[21] Online: https://www.rabat-process.org/images/documents/EN_Marrakesh-Declaration-and-Action-Plan-Rabat-Process.pdf
[22] In generale, per un'analisi del Patto, si veda il numero monografico *Verso un quadro comune europeo ed una nuova governance della migrazione e dell'asilo* della rivista *Freeedom, Security, Justice. European Legal Studies*, n. 2, 2021.

ISSN 2036-7821

su procedure migliori e più rapide, nonché su un'equa ripartizione di responsabilità e solidarietà[23]. Si tratta di uno strumento che potrà portare una profonda innovazione nelle politiche esterne dell'UE in materia migratoria[24], anche se, al momento, è prematuro immaginare come potrà essere superato lo stallo politico nel quale attualmente il Patto si trova.

3. *Le riforme giuridiche in Marocco collegate alla gestione delle migrazioni*

Il processo migratorio, vissuto sia come emigrazione che come immigrazione, ma anche come transito, ha notevolmente influenzato le politiche interne ed estere del Marocco con una progressiva trasformazione del suo ordinamento giuridico[25].
Il Regno di Mohammed VI ha segnato un cambiamento nella politica estera di Rabat, sia verso l'Africa che verso l'Europa. Una nuova strategia nazionale di contrasto alla migrazione illegale è stata avviata con la creazione della Direzione per la migrazione e la sorveglianza delle frontiere nel 2003 e con la contemporanea emanazione della legge 02-03 dell'11 novembre 2003 che disciplina l'ingresso e il soggiorno degli stranieri in Marocco e l'emigrazione e l'immigrazione irregolare[26]. Si tratta di un dispositivo normativo che, per la prima volta, introduce il reato di immigrazione clandestina[27] e norme molto severe per il contrasto alla tratta di esseri umani da parte delle organizzazioni criminali. Inoltre, ha introdotto (artt. 42-56) sanzioni pecuniarie fino a 500.000 *Dirham*[28] e detentive fino a sei mesi nei confronti di chiunque transiti illegalmente attraverso le frontiere terrestri, marittime o aeree marocchine. Rispetto

[23] Per una valutazione dell'attuazione del principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità introdotto dall'art. 67,2 del Trattato di Lisbona e dall'art. 80 del Trattato sul funzionamento dell'UE, si v. M. MESSINA, *Il fallimento della solidarietà nella gestione dei flussi migratori: la responsabilità degli Stati membri con la complicità delle istituzioni dell'Unione?*, in A. DI STASI e L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, pp. 475-490.

[24] Cfr. M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, n. 1, p. 1-ss. Per l'impatto di questo strumento sulla cooperazione esterna dell'UE con gli stati mediterranei, si v. D. MUSMECI, *Sul partenariato UE-Stati terzi in ambito migratorio: le proposte del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo in tema di rafforzamento delle capacità di border management*, in *Freeedom, Security, Justice. European Legal Studies*, n. 2, 2021, p. 194-214 e il contributo di A. MAROTTA, *Migrazioni e lavoro: il caso della Tunisia da paese di partenza a paese di destinazione*, in questo stesso volume.

[25] A. PERICOLI, *Migration Changes and Integration Challenges in the Moroccan Case*, in A. PROFANTER and E. MAESTRI (editors) *Migration and Integration Challenges of Muslim Immigrants in Europe. Debating Policies and Cultural Approaches*, Cham, 2021, pp. 91-128. Si v. anche M. LAHLOU, *Morocco's Experience of Migration as a Sending, Transit and Receiving Country*, in *IAI Working Papers*, 15-30, Sept. 2015.

[26] Cfr. K. ELMADMAD, *La nouvelle loi marocaine du 11 novembre 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Maroc, et à l'émigration et l'immigration irrégulières*, CARIM AS 2004-01, RSCAS, Firenze, 2004. Online: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/11690/CARIM_ASN_2004_01.pdf.

[27] Questo reato è stato introdotto anche nei paesi dell'Africa mediterranea sotto l'influsso dei paesi europei, tra cui l'Italia che lo ha disciplinato con la Legge Bossi-Fini del 2002: Marocco (2003), Tunisia (2004 e 2016), Algeria (2008, 2009), Egitto (2005, 2010 e 2016) e Libia (2004, 2010). E nell'Africa saheliana con particolare attenzione alla lotta contro la tratta di esseri umani e il traffico di migranti: Mauritania (2003, 2010), Senegal (2005), Algeria (2009), Niger (2010, 2015), Mali (2012).

[28] Oggi pari a circa 50.000 euro.

ISSN 2036-7821

all'approccio sostanzialmente emergenziale della legge sono state avanzate numerose critiche da parte di esperti e della società civile. Al di là del rispetto degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali che vi sono genericamente richiamati – ad es. con il divieto di allontanamento dello straniero che dimostri che la sua vita e la libertà possano essere minacciate o essere sottoposto a trattamenti inumani, crudeli o degradanti nel paese verso il quale è espulso (art. 29) –, la legge non prevede strumenti concreti di tutela nei confronti dello straniero irregolare. Anche se ispirata al modello francese[29] in materia, è stata omessa dal legislatore marocchino la predisposizione di adeguate garanzie (ricorso non sospensivo, diritto dei migranti di essere visitati e assistiti dalle associazioni per i diritti umani, ecc.)[30]. Lacune importanti, inoltre, concernono la tutela dei diritti derivati dall'applicazione della Convenzione internazionale sulla protezione dei lavoratori migranti del 1990, la quale garantisce protezione a tutti i lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie, compresi i clandestini, in ogni paese che abbia ratificato la Convenzione (tra cui il Marocco). Anche l'ambito di applicazione dell'istituto del ricongiungimento familiare, disciplinato da una norma del 1934, non è stato adeguato a una realtà sociale estremamente più diversificata rispetto al passato.

Questo accenno alla questione familiare consente di soffermarci su un altro passaggio fondamentale, anche se non direttamente connesso con la gestione dei flussi migratori, nel processo di riforma dell'ordinamento marocchino. Il Codice della famiglia (*Mudawwanat al-usra*), adottato nel 2004, costituisce un aggiornamento fondamentale nella disciplina dello statuto personale musulmano al quale si riferisce la stragrande maggioranza dei migranti africani in Marocco, sia per ragioni religiose, sia per appartenenza tradizionale alla medesima dottrina giuridica. Sostituendo il precedente Codice di statuto personale del 1957 – tra i più tradizionalisti nel panorama arabo attorno al Mediterraneo – la riforma del 2004 innova profondamente la disciplina giuridica della famiglia, toccando proprio alcuni tra i più caratteristici istituti del diritto islamico[31]: la scelta libera del *wali* o curatore matrimoniale da parte della donna (art. 24), la poligamia, il ripudio, la responsabilità maschile esclusiva sulla famiglia, l'esercizio della potestà sui figli anche da parte della madre, lo scioglimento del matrimonio su richiesta della donna (art. 89). La vita matrimoniale, sin dai primi articoli del nuovo Codice, non è posta più sotto la sola direzione del marito, ma è affidata alla comune responsabilità dei coniugi e finalizzata alla

[29] In particolare la *Loi n. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, voluta dall'allora Ministro degli Interni Nicolas Sarkozy.

[30] Cfr. M.G. JIMÉNEZ-ALVAREZ - K. ESPIÑEIRA – L. GAZZOTTI, *Migration policy and international human rights frameworks in Morocco: tensions and contradictions*, in *The Journal of North African Studies*, 2021, pp. 893-911.

[31] Cfr. R. ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Persone famiglia diritti: riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Torino, 2006; M. MONJID, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb. Etude comparative: Maroc, Algérie, Tunisie*, Paris, 2013.

ISSN 2036-7821

realizzazione di una comunione stabile tra di loro (art. 5). La poligamia deve essere autorizzata dalla prima moglie e dal giudice (art. 41) e la clausola cosiddetta di monogamia si ritiene automaticamente apposta al contratto di matrimonio, salvo esplicita rinuncia della donna. Si tratta, come si vede, di interventi legislativi mirati a modificare radicalmente la posizione della donna all'interno della famiglia e nella società (anche per il venir meno dell'obbligo di autorizzazione maritale a svolgere un lavoro al di fuori delle mura domestiche)[32].

Legislazione e giurisprudenza in materia migratoria hanno ricevuto un nuovo impulso riformatore a seguito della novella costituzionale introdotta nel 2011[33], in parte anche sull'onda della cd. Primavera araba e il nuovo – sia pur temporaneo – protagonismo delle società civili arabe[34]. La solidarietà costituisce uno dei principi centrali contenuti nel Preambolo del nuovo testo ed è intesa come una conseguenza naturale dell'adesione nazionale alla religione musulmana[35]. Questa identità non può essere disgiunta da "l'attachement du peuple marocain aux valeurs d'ouverture, de modération, de tolérance et de dialogue pour la compréhension mutuelle entre toutes les cultures et les civilisations du monde"[36]. L'azione internazionale del Marocco, a livello costituzionale, riceve un espresso indirizzo alla cooperazione verso il grande Maghreb ("œuvrer à la construction de l'Union du Maghreb, comme option stratégique"), verso i paesi arabo-islamici ("approfondir le sens d'appartenance à la

[32] Si tratta di un percorso di riforma importante che riguarda la circolazione di modelli giuridici familiari nel contesto internazionale a seguito della mobilità delle persone al di fuori dei contesti culturali e religiosi originari. Considerata la forte dipendenza del diritto di famiglia dalle numerose regole espressamente dettate dal Corano, in Marocco non sarebbe stato possibile avanzare nel processo di riforma senza una nuova interpretazione del testo sacro in una prospettiva che tenesse conto dell'effettivo ruolo della donna nella societ. Il che dimostra come sia possibile un'ermeneutica che parta dal dato religioso, come intrinsecamente connaturato con la vita delle società musulmane, e giunga a valorizzare le istanze di rinnovamento in esse presenti senza rinnegare l'identità religiosa e culturale insieme, laica ma non secolarizzata, che è percepita come 'islamica"' dalla grande maggioranza delle musulmane e dei musulmani di oggi. Cfr. G.M. PICCINELLI, *Diritti, soggettività e appartenenze dinamiche nell'islàm e nel mondo islamico*, in *Interazioni*, 1-2020, pp. 15-32.

[33] Cfr. O. BENDOUROU, *La nouvelle Constitution marocaine du 29 juillet 2011: le changement entre mythe et réalité*, in *Revue du Droit Public*, 3, 2012, pp. 511-535; N.J. BROWN, *Islam and Constitutionalism in the Arab World*, in BÂLI A.Ü. (editor), *Constitution Writing and Religion in Contemporary Middle East*, Cambridge, 2017, pp. 289-316.

[34] Di grande interesse i due volumi della rivista *Studi maghrebini*, 2016-2017, dedicati a *Emerging Actors in Post-Revolutionary North Africa. Gender Mobility and Social Activism* e in part. i contributi di G. CATALDI, *Quelques observations sur les migrations dans la Méditerranée dans la perspective de l'Union Européenne*, vol. I, pp. 31-48 e di E. FRANCESCA, *Economic Opportunities and Social Challenges in the North African Transition*, vol. I, pp. 49-82.

[35] La soluzione delineata nella Costituzione marocchina del 2011 si inserisce in una linea originale e molto interessante. Il mantenimento di una posizione moderna di rinvio, per quanto riguarda il rapporto tra Islam e Stato, è confermato dall'arte. 3 della stessa Costituzione. In esso, l'Islam non è solo definito come «religione di Stato» (*al-Islām Dīn al-Dawla*, espressione modernizzante che trascende i limiti storici della formula *al-Islām Dīn wa Dawla*) ma è contestualmente coniugato con i diritti umani e le libertà fondamentali, con la libertà dei culti e con la prospettiva moderata, attraverso la quale si può realizzare il legame tra l'azione politica dello Stato, compresa la produzione di regole legislative e la tradizione religiosa e giuridica musulmana.

[36] *Préambule de la Constitution di Royaume du Maroc*, in *Dahir n. 1-11-91 du 27 chhabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution*.

ISSN 2036-7821

Oumma arabo-islamique, et renforcer les liens de fraternité et de solidarité avec ses peuples frères "), verso l'Africa ("consolider les relations de coopération et de solidarité avec les peuples et les pays d'Afrique, notamment les pays du Sahel et du Sahara") e verso l'area euro-mediteranea ("intensifier les relations de coopération rapprochée et de partenariat avec les pays de voisinage euro-méditerranéen")[37].

L'attuazione di queste politiche ha consentito di registrare progressi significativi volti a garantire i diritti dei migranti e dei rifugiati, consentendo una loro migliore integrazione nella società marocchina[38]. Le due campagne di regolarizzazione, del 2014 e del 2016-2017, hanno avuto per obiettivo l'estensione a tutti gli stranieri regolarizzati dell'accesso a tutti i servizi amministrativi e di previdenza alle stesse condizioni dei marocchini. Di queste aperture hanno beneficiato complessivamente circa 70.000 stranieri già presenti sul territorio.

Nel 2015, inoltre, il Governo ha elaborato un piano d'azione strategica per promuovere la crescita dell'occupazione entro il 2025, attraverso la creazione di posti di lavoro produttivi e dignitosi, per migliorare la partecipazione dei giovani e delle donne, rinforzare la parità di accesso al mercato del lavoro e ridurre le disuguaglianze territoriali in materia di impiego[39].

L'accesso al mercato del lavoro per gli stranieri è regolamentato dal Codice del lavoro 2004. A seguito dei percorsi di regolarizzazione si è reso necessario intervenire rapidamente per accrescere l'efficienza delle procedure amministrative di autorizzazione e controllo finalizzate a garantire un più ampio accesso degli stranieri al mercato del lavoro. Questi, ai fini dell'assunzione, devono richiedere un'autorizzazione all'Agenzia Nazionale di Promozione dell'Occupazione e delle Competenze (ANAPEC) istituita presso il Ministero del Lavoro e dell'Inserimento Professionale. Fanno eccezione: i migranti regolarizzati che devono presentare solo il permesso di soggiorno per motivi di lavoro rilasciato dalla Direzione Generale della Sicurezza Nazionale; i rifugiati e gli apolidi che devono essere in possesso del documento di identità con l'indicazione del relativo status; i congiunti stranieri di cittadini marocchini che possono presentare solo un valido certificato matrimoniale unitamente al documento del coniuge[40].

I risultati di questi percorsi di integrazione socio-economica si scontrano, in realtà, con un contesto culturale che tradizionalmente distingue l'Africa 'nera' dall'Africa 'bianca' (cioè araba) creando barriere e chiusure nei confronti degli stranieri di colore

---

[37] *Ibidem*.

[38] Cfr. M. ALIOUA - J.N. FERRIÉ (dir.), *La nouvelle politique migratoire marocaine*, Rabat, 2017; S. BENJELLOUN, *Morocco's new migration policy: between geostrategic interests and incomplete implementation*, in *The Journal of North African Studies*, 5, 2021, pp. 875-892.

[39] Cfr. R. FILALI MEKNASSI, *Le droit marocain dans la tourmente du nouvel ordre migratoire international,* in *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 3, 2019, pp. 40-71.

[40] Per queste procedure si v. il sito del Ministero del Lavoro e dell'Inserimento Professionale, http://www.travail.gov.ma/ e http://www.taechir.travail.gov.ma/.

ISSN 2036-7821

provenienti da paesi più meridionali[41]. Le aziende, infatti, tendono a riferirsi alla prassi della preferenza nazionale, sia pure superata dall'art. 9 del Codice del lavoro, in base alla quale i datori di lavoro procedono all'assunzione di uno straniero solo a seguito della mancata presentazione di cittadini marocchini per quella data mansione o attività. In base alle statistiche dell'ANAPEC, si registra la tendenza a preferire, tra gli stranieri, lavoratori provenienti da paesi arabi e ad impiegare i migranti subsahariani regolarizzati come mano d'opera non contrattualizzata e sottopagata.
Insieme alle politiche di regolarizzazione, nel 2015 il Governo marocchino ha adottato anche una Strategia nazionale per i marocchini residenti all'estero. In linea con quanto disposto dagli artt. 16-18 della vigente Costituzione, sono stati fissati i seguenti obiettivi: preservare l'identità nazionale dei marocchini che vivono all'estero; tutelare i loro diritti e interessi, compreso il diritto di voto in Marocco; e incoraggiare il loro contributo allo sviluppo del paese. Per il raggiungimento di questi obiettivi è stato dato maggiore impulso alle competenze del Consiglio della Comunità Marocchina all'Estero (CCME, *Majlis al-jaliya al-maghribiya bi-l-kharij*)[42].
Una delle principali spinte all'emigrazione è rappresentata dalle condizioni economiche di diverse regioni del paese che si stanno modificando rapidamente in conseguenza dei cambiamenti climatici. In base al Rapporto *Groudswell* della Banca Mondiale, il Marocco vedrà circa 2 milioni di sfollati interni entro il 2050[43]. Come conseguenza più evidente della chiusura della frontiera europea, la crescita della mobilità dalle aree rurali e urbane più interne verso le principali città ha provocato l'estensione delle periferie, anche grazie a progetti pubblici mirati alla costruzione di

[41] I. STOCK, *The impact of migration policies on civil society actors' efforts to improve migrants' access to social and economic rights in Morocco*, in *The Journal of North African Studies*, 2020. Online: https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/ 13629387.2020.1814751.

[42] Costituito con Legge 1-07-208 del 21 dicembre 2007, il CCME ha sostenuto la pubblicazione di una raccolta fondamentale di studi e documenti sulla condizione giuridica degli emigrati marocchini: M.M. BENYAHYA (dir.), *La condition juridique des Marocains résidant à l'étranger*, 5 tomes, Rabat, Remald, 2017. Online: https://www.ccme.org.ma/fr/publications/53600. I volumi sono rispettivamente dedicati a:

Droit interne et Droit international (600 pages) ;

Conventions et accords bilatéraux en matière d'encouragement et de protection mutuels des investissements (496 pages) ;

Conventions et accords bilatéraux tendant à éviter la double imposition et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu (en deux volumes, 516 et 532 pages);

Conventions et accords bilatéraux en matière de coopération judiciaire (640 pages);

Conventions et accords bilatéraux en matière d'emploi, de sécurité sociale et dans divers domaines (462 pages).

[43] Si veda il Rapporto online : openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/ 29461/GroundswellOVfr.pdf. Sui *trends* migratori in Nord Africa (Egitto, Marocco e Tunisia), cfr. Ö. BILGILI – K. MARCHAND, *Migration, development and climate change in North Africa*, 2016. Online: www.weadapt.org/system/files_force/2017/ november/mgsog_tip_final_weadapt_1.pdf.

ISSN 2036-7821

alloggi e di nuovi quartieri che hanno accolto il notevole numero di sfollati interni economici e climatici.

La preparazione della COP22 tenutasi nel 2016[44] a Marrakech è stata l'occasione per consolidare una serie di riforme giuridiche che trovano il loro fondamento negli impegni internazionali assunti con la ratifica nel 1995 della Convenzione quadro sui cambiamenti climatici adottata l'anno precedente in sede ONU[45]. La visione del Marocco in materia di cambiamento climatico è contenuta nella Legge quadro 99-12 recante Carta Nazionale dell'Ambiente e dello Sviluppo Sostenibile (CNEDD), pubblicata a marzo 2014, che precisa "les droits et devoirs inhérents à l'environnement et au développement durable reconnus aux personnes physiques et morales" e afferma "les principes qui devront être respectés par l'État, les collectivités territoriales et les établissements et entreprises publics"

Adottata nel 2017, la Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile (SNDD-2030)[46] costituisce la base del Piano nazionale per il clima (PCN-2030)[47] contenente gli obiettivi da raggiungere e le azioni da realizzare entro il 2030. Principio generale è che la transizione progressiva verso l'economia verde non può prescindere dalla promozione dello sviluppo umano e della coesione sociale e da una competitività economica sostenibile. Introduce, inoltre, specifici Piani climatici regionali e Piani climatici urbani. Questo approccio di adattamento al cambiamento climatico rivolge attenzione anche agli ecosistemi (socioeconomici e naturali) più vulnerabili, come il litorale marino, le montagne e le oasi, i gruppi di popolazione e le comunità urbane e rurali. Questi sistemi si trovano ad affrontare problemi critici che richiedono una risposta coerente ed estensiva sotto forma di interventi di adattamento trasformativi volti a minimizzare i rischi e le vulnerabilità climatiche. Per tale ragione è indicata la priorità degli obiettivi di questa Strategia su tutte le altre strategie nazionali che dovranno pertanto adeguarsi[48].

4. Il ruolo del Marocco tra vecchie e nuove criticità

L'intera Africa rappresenta una immensa sfida per la gestione dei flussi migratori interni e transfrontalieri. Una sfida di fronte alla quale, con grande difficoltà, i governi e le organizzazioni internazionali e regionali cercano di trovare soluzioni adeguate e sostenibili. Queste devono fare i conti con una realtà estremamente

[44] Online: https://www.cop22.org/agenda/

[45] Online: https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change

[46] Online: https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Morocco%20First/Moroccan%20updated%20NDC%202021%20_Fr.pdf.

[47] Online: http://www.umi.ac.ma/wp-content/uploads/2020/11/ODD-13-A8-Plan-climat-national-horizon-2030.pdf

[48] Cfr. P. SOW - E. MARMER – J. SCHEFFRAN, *Between the heat and the hardships. Climate change and mixed migration flows in Morocco*, in *Migration and Development*, 2, 2016, pp. 293-313.

ISSN 2036-7821

complessa e in continuo mutamento. Certamente, il continente avrebbe le risorse naturali sufficienti per affrontare percorsi di sviluppo autonomi. Di fatto, le strategie di intervento nei diversi contesti locali sono rese impraticabili o inefficaci dall'instabilità politica ed economica, dalla scarsa sicurezza di molti territori dovuta ai conflitti armati e alla presenza di gruppi terroristici, dal rapido degradamento ambientale con le sue disastrose conseguenze, dagli interessi legati allo sfruttamento illegale di risorse naturali e dal traffico di esseri umani.

Il Marocco, in questo quadro, rappresenta un punto di attrazione per le popolazioni saheliane e sahariane nel tentativo di transitare verso l'Europa, con la possibilità alternativa di stabilirsi in un contesto che in ogni caso costituisce un miglioramento esistenziale rispetto alle condizioni di partenza.

La crescita economica e la stabilizzazione socio-politica hanno trasformato il Marocco, come si è visto, da paese di emigrazione a territorio di immigrazione e transito. Un processo che non va letto disgiunto dalle politiche di esternalizzazione dei confini europei che hanno portato le rotte delle migrazioni intra-africane a modificarsi. I limiti all'attraversamento legale dei confini hanno reso difficile e sempre più rischioso il superamento di quel limite naturale che è il Mediterraneo, concentrando spesso i migranti in aree sempre più interne dove le organizzazioni criminali e terroristiche operano in maniera indisturbata o con la complicità di istituzioni locali corrotte.

Intervenire all'interno degli stati africani sulle cause alla base degli esodi è un punto irrinunciabile delle politiche di vicinato. L'insufficienza di risultati rende necessario un più ampio coordinamento degli interventi tra le diverse organizzazioni internazionali e regionali presenti con molteplici azioni sui territori degli stati africani (riconciliazione, prevenzione e risoluzione dei conflitti, progetti di sviluppo e piani di cooperazione economica e finanziaria, *institutional builging* e riforme della *governance*, la lotta agli effetti dei cambiamenti climatici, ...). Le strategie politiche devono andare di pari passo con il rafforzamento della solidarietà e della cooperazione internazionali.

La nuova politica marocchina in materia di immigrazione e asilo, avviata nel 2013-2014, rappresenta una sostanziale novità tra i paesi nordafricani. L'equilibrio tra principio di solidarietà ed esigenze di crescita e sviluppo economico, nel rispetto degli impegni internazionali assunti in materia di diritti umani, ha sin qui consentito di realizzare una serie di riforme legislative e di percorre sentieri giurisprudenziali innovativi rispetto al passato. Centrale, in questo processo, è stata l'impronta politica lasciata dall'organizzazione della Conferenza di Marrakech che ha permesso l'adozione del *Global Compact for Migrations* nel 2018.

Da allora, l'obiettivo del sovrano e del governo, nella prospettiva di medio periodo, è rendere il Marocco un fulcro per il coordinamento tra le politiche migratorie dell'UE,

ISSN 2036-7821

da un lato, e dell'Unione Africana (in cui lo stato nordafricano è stato riammesso nel 2017) e della CEDEAO (dove la domanda di ammissione è pendente dal 2017), dall'altro. Data la posta in gioco, si è resa necessaria la centralizzazione delle fasi di decisione e di controllo delle politiche migratorie allo scopo di valutare costantemente l'equilibrio possibile tra le differenti esigenze dei due continenti: sicurezza ed integrazione socio-economica dettate dai partners europei, a fronte delle esigenze di libera circolazione sostenute dai partners africani (anche se queste non risultano sempre attuate con coerenza e continuità in considerazioni di infinite variabili politiche e geopolitiche locali).

La presentazione, nel 2020, del Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo da parte della Commissione UE, nella sua prospettiva esterna, deve giungere a concreta attuazione considerata l'urgenza di avviare percorsi di sviluppo efficaci e sostenibili nei contesti di provenienza dei migranti e di concordare politiche solidali di risoluzione dei conflitti e di prevenzione dei disastri sociali ed ambientali.

Già oggi, nell'ambito della Conferenza euro-africana sulla migrazione e lo sviluppo, avviata dal Processo di Rabat, sono previsti meccanismi per la gestione dei flussi migratori e dei loro aspetti più critici (tratta di esseri umani e altre attività illecite connesse). Questi meccanismi comprendono gli accordi di riammissione e le misure di incentivazione al rimpatrio volontario.

Da un lato, la mancata finalizzazione dell'accordo di riammissione tra UE e Marocco è da attribuire al tentativo di quest'ultimo di trovare un punto di equilibrio (e di forza) tra le diverse esigenze di gestione migratoria a livello europeo e africano, ma anche di armonizzazione con gli altri stati mediterranei. D'altra parte, la proposta di aprire a forme di migrazione circolare, accompagnate da un adeguato livello di selezione dei migranti sulla base di competenze culturali e professionali, sembra ancora molto lontana dal trovare accoglimento tra i variegati – con riferimento alle politiche migratorie – membri dell'UE. Né è immaginabile, nella situazione internazionale attuale, che si avanzi con successo sulla linea delle riforme politiche, sociali ed economiche degli stati africani o di contenimento dell'enorme pressione demografica.

L'esistenza di un'area di libera circolazione tra gli Stati dell'Africa occidentale – che potrebbe essere estesa in un futuro molto prossimo anche alla Mauritania, al Marocco e alla Tunisia, creando di fatto corridoi aperti fino alle sponde mediterranee – può essere letta come un rischio per la sicurezza europea ovvero come uno spazio di acquisizione di manodopera qualificata, di studenti e di competenze specializzate che contribuiscano alla crescita dell'economia del vecchio continente e, in prospettiva circolare, costituiscano un investimento di ritorno verso i paesi di origine.

La logica della circolarità potrà divenire una soluzione efficace nella misura in cui si riesca ad equilibrare migrazioni (risorse umane), processi di sviluppo (risorse

ISSN 2036-7821

economiche) e crescita sociale (risorse culturali) nel contesto euro-mediterraneo. L'equilibrio è possibile, ma deve essere sostenuto dall'attuazione dei principi di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità nella gestione delle migrazioni. Questi principi, posti a fondamento del Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo, dovranno caratterizzare non solo il dialogo politico intraeuropeo, ma anche il confronto aperto nelle sedi istituzionali di partenariato euro-africano. Solo un'innovativa visione d'insieme delle numerose questioni che le migrazioni presentano potrà offrire soluzioni politiche e giuridiche condivise e sostenibili.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le pubbliche amministrazioni e il diritto all'oblio

di Luigi Ferrara

(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

e

Francesco Rota

(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi del Sannio, Benevento)

Sumario

1. Affermazione ed evoluzione del diritto all'oblio; 2. Privacy, gestione dei dati, diritto all'oblio e pubbliche amministrazioni; 3. Poteri e ruolo del garante nel mondo globalizzato; 4. La proporzionalità degli strumenti di tutela tra privacy e libertà di informazione; 5. La "deindicizzazione" e i suoi confini territoriali nella giurisprudenza europea e nazionale; 6. Autorità nazionali, confini nazionali e archivi digitali.

Abstract

The paper analyses the right to be forgotten in Italian legal order and in EU case law. The paper starts analysing the right to be forgotten in Italian legal order, focusing the role of the Italian Data Protection Authority. Then, the article focuses the Italian and EU case law.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Affermazione ed evoluzione del diritto all'oblio.

L'elaborazione dottrinale ha negli ultimi anni, coerentemente con il processo di evoluzione digitale della società, progressivamente affermato, partendo dall'art. 2 Cost., un vero e proprio diritto all'identità digitale che non si esaurisce nella dimensione anagrafica e identificativa riconducibile al Sistema Pubblico Identità Digitale (SPID) e che comprende il complesso di dati, informazioni, attività che consentono di ricostruire una nuova immagine della persona stessa, un suo doppio, che incide nella dimensione sociale in cui la persona opera[1].

In questo senso è possibile affermare che il diritto all'identità digitale è connesso al diritto di ciascun soggetto di essere rappresentato nella vita di relazione con la sua vera identità, insieme di caratteristiche morali, sociali, politiche, ecc., che esprimono la personalità individuale[2], ed è connesso alla pretesa di non vedere distorta la propria immagine e a veder tutelato il diritto ad essere se stessi, nel rispetto del titolare dell'identità ma anche degli altri consociati che hanno il diritto «*di considerare la persona con la sua specifica individualità e non con una diversa*»[3].

Il GDPR sancisce una serie di diritti a favore dell'interessato che, consentendogli di controllare e proteggere i propri dati personali, diventano strumento di tutela dell'identità digitale[4]. Fra questi diritti troviamo il diritto all'oblio[5] che viene

---

* *Il lavoro è frutto della riflessione comune degli autori. Tuttavia, i paragrafi 1, 2 e 3 sono stati redatti da Francesco Rota, i paragrafi 4 5 e 6 da Luigi Ferrara;*

[1] G. ALPA, L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione, in Contratto e impresa, 2017, p. 723.

[2] La giurisprudenza riconosce ormai da tempo una dimensione dell'identità personale coerente con la prospettiva indicata. Si vedano sul punto, Corte di Cass., sez. I, sent. 22 giugno 1985, n. 3769, ripresa poi dalla giurisprudenza successiva e Corte Cost., n. 7 del 9 febbraio 1994, che annovera tra i "nuovi diritti" anche il diritto all'identità personale. Storicamente il diritto all'identità personale ha subito una notevole evoluzione e si è evoluto sul piano concettuale che su quello degli strumenti di tutela. Il diritto, la cui definizione è opera della giurisprudenza, è stato in un primo momento connesso all'insieme dei connotati che consentivano di identificare la persona rispetto ai pubblici poteri e agli altri consociati ed è poi, alla luce del principio personalista, diventata, in prospettiva costituzionalmente orientata, una situazione soggettiva comprensiva degli elementi che esprimono la personalità, arricchendosi di fattori intellettuali, caratteriali ed ideologici. Per la prima impostazione, si veda G. FALCO, Identità personale, in Nuovo Dig. It., VI, Torino, 1938, p. 649; per la seconda, si veda S. RODOTÀ, Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla proiezione dei dati personali, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1997, p. 583.

[3] Così, T. PASQUINO, Identità digitale, della persona, diritto all'immagine e reputazione, in E. TOSI (a cura di), Privacy digitale , Giuffré, Milano, 2019, p. 93, cui si rinvia anche per il passaggio dall'identità della persona all'identità digitale. Sul punto si vedano anche A. PIRAINO LETO, Il diritto ad essere se stessi, in diritto fam. e pers., 1990, p. 603; S. NIGER, Il diritto all'identità personale, in G. FINOCCHIARO (a cura di), Diritto all'anonimato, Padova, 2008, p. 115.

[4] E. TOSI, Privacy digitale, persona e mercato: tutela della riservatezza e protezione dei dati personali alla luce del GDPR e del nuovo codice privacy, in E. TOSI (a cura di), Privacy digitale , Giuffré, Milano, 2019, p. 34.

[5] F. DI CIOMMO, Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), I dati personali nel diritto europeo, Torino, 2019, p. 373 ss. sostiene che il legislatore del Regolamento europeo non avrebbe inteso disciplinare in modo specifico il diritto all'oblio e si sia preoccupato piuttosto di garantire il diritto alla cancellazione dei dati.

ISSN 2036-7821

ricostruito dalla dottrina come un autonomo diritto della personalità o come uno degli aspetti del diritto alla riservatezza o come un profilo del diritto all'onore[6].

Il rilievo crescente del diritto all'oblio emerge immediatamente se si considera l'evoluzione che l'accessibilità delle informazioni ha subito grazie all'avvento della rete e l'incremento progressivo di efficenza dei motori di ricerca: è stato a tal proposito affermato che si produce «*un fenomeno di trasparenza non solo individuale, ma collettiva, in base al quale, ciascuno può conoscere informazioni relative a ciascun altro (…) e vengono frustrati i principi di pertinenza e di essenzialità che hanno orientato l'interprete nel decidere sulla diffusione delle informazioni personali*»[7] e che internet è un luogo in cui nulla si perde o viene dimenticato, con il rischio che le informazioni, una volta pubblicate on line, siano sempre agevolmente accessibili[8], generando così il rischio che si possa diventare «*prigionieri di un passato destinato a non passare mai*»[9].

L'evoluzione digitale della società ha contribuito a determinare un progressivo cambiamento delle connotazioni e dei contenuti del diritto all'oblio che nella ricostruzione dottrinaria e giurisprudenziale da diritto a dimenticare è diventato prima diritto a contestualizzare e poi, da ultimo diritto alla deindicizzazione[10].

L'art. 17 del Regolamento UE 2016/679 sancisce il diritto all'oblio, ossia il diritto alla cancellazione dei propri dati personali, riprendendo e ampliando nel paragrafo 1 e nel paragrafo 3 le cause che tradizionalmente giustificano il diritto dell'interessato di chiedere e ottenere la cancellazione dei propri dati e le condizioni che consentono al titolare del trattamento di respingere la richiesta mentre, nel paragrafo 2, afferma in modo assolutamente innovativo che l'obbligo di cancellazione deve tener conto delle tecnologie disponibili e dei costi di attuazione per informare della richiesta dell'interessato i titolari che stanno trattando i dati personali oggetto di cancellazione.

In questo modo la norma fa discendere dalla responsabilità di aver reso pubblici i dati, l'obbligo per il titolare di informare anche i terzi, restando ancorata in parte ad

---

[6] La definizione del diritto all'oblio come diritto autonomo sembra essere emersa in relazione al diritto di cronaca. Sul punto vedi ex multis G.B. FERRI, Diritto all'informazine e diritto all'oblio, in Riv. Dir. Civ., 1990, I, 801 ss. Per una lettura diversa si veda D. MESSINA, Le prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione, in Inf. Dir., 2009, p. 93; F. DI CIOMMO, Quello che il diritto non dice. Internet e oblio, in Danno e resp., 2014, p. 1101. Con riferimento alla disciplina contenuta nel GDPR si veda S. BONAVITA-R. PARDOLESI, GDPR e diritto alla cancellazione (oblio), in Danno e Resp., 2018, p. 269; E. LUCCHINI GUASTALLA, Privacy e data protection: principi generali, in E. TOSI (a cura di), Privacy digitale , Giuffré, Milano, 2019, p. 81. Per una ricostruzione della nascita ed evoluzione del diritto all'oblio L. TULLIO, Tracce evolutive del "Right to be forgotten" tra esigenze di anonimato e richieste di deindicizzazione, in Ianus, 2020, p. 109-111.

[7] P. SAMMARCO, Privacy digitale, motori di ricerca e social network: dal diritto di accesso e rettifica al diritto all'oblio condizionato, in E. TOSI (a cura di), Privacy digitale , Milano, 2019, p. 166.

[8] S. RODOTÀ, La vita e le regole, Milano, 2018, p. 64.

[9] Così, S. RODOTÀ, Il mondo nella rete. Quali i diritti. Quali i vincoli, Roma-Bari, 2014, p. 43.

[10] Per una ricostruzione della menzionata evoluzione si veda G. BEVIVINO, Il diritto all'oblio nell'epoca "digitale": ruolo della giurisprudenza ed esigenze di regolamentazione, in Giust. Civ., 2022, 1, p. 217 ss.

ISSN 2036-7821

una visione "proprietaria" del diritto ma con un'apertura alla prospettiva di controllo sui propri dati, aperta proprio dal contenuto del paragrafo 2[11].
La norma individua analiticamente le circostanze che possono costituire presupposto per l'esercizio del diritto all'oblio, annoverando situazioni di natura obiettiva, quale l'illiceità del trattamento, e di natura soggettiva, quale la revoca del consenso in assenza di altro fondamento giuridico per il trattamento[12].
Il quadro viene completato dall'art. 19 del Regolamento che sancisce l'obbligo di notifica dell'avvenuta cancellazione dei dati.
L'esercizio del diritto all'oblio deve tener conto, ogni qualvolta il titolare del trattamento sia una Pubblica Amministrazione, anche delle linee guida emanate dall'Autorità Garante nel maggio 2014 con il provvedimento n. 243, "*Linee guida in materia di trattamento di dati personali, contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato per finalità di pubblicità e trasparenza sul web da soggetti pubblici e da altri enti obbligati*"[13].
Viene così confermato che la Pubblica Amministrazione, anche nelle ipotesi di pubblicazione di atti o documenti ai sensi del D. Lgs n. 33/2013, deve rispettare i principi in tema di protezione dei dati personali, tra cui il principio di necessità, ma anche il rispetto della privacy by design e by default, che deve comprendere meccanismi di cancellazione senza ritardo dei dati il cui trattamento non è più necessario e il rispetto del diritto all'oblio[14].

2. Privacy, gestione dei dati, diritto all'oblio e pubbliche amministrazioni

Il rilievo giuspubblicistico della disciplina della privacy (rectius della gestione dei dati) nasce da fattori diversi e sfaccettati che arrivano ad avere impatti ed incidenze addirittura sulla sicurezza nella sua attualissima dimensione di cibersecurity, che ha portato addirittura alla istituzione della Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale e ha spinto la dottrina ad inquadrare la sicurezza cibernetica fra le funzioni

[11] Per i limiti e le implicazioni del paragrafo 2 dell'art. 17 del Regolamento UE 2016/679 si veda F. PIZZETTI, La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza artificiale, in PIZZETTI (a cura di) Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione, Torino, 2018, p. 27, secondo il quale la norma «più che sancire un vero e proprio diritto all'oblio, obbliga il titolare che ha ricevuto una richiesta legittima di cancellazione di dati personali da parte dell'interessato, a farsi tramite di tale richiesta anche nei confronti di chiunque lui sappia essere venuto a conoscenza dei dati in questione e li stia trattando».

[12] E. LUCCHINI GUASTALLA, Privacy e data protection: principi generali, cit., p. 82, che evidenzia la difficoltà di ricondurre ad una ratio unitaria i presupposti del diritto all'oblio individuati dal GDPR, riconducendo unitariamente tale diritto.

[13] In tema di applicazione del GDPR alla pubblica amministrazione si veda G. CARULLO, Diritto all'oblio e dovere di provvedere delle pubbliche amministrazioni, in Eurojus, ROSSI DAL POZZO (a cura di), Fascicolo Speciale, Mercato Unico Digitale, Dati personali e Diritti fondamentali, 2020, p. 171 ss..

[14] G. D'ACQUISTO, M. NALDI, Big data e privacy by design, Torino, 2017.

ISSN 2036-7821

pubbliche[15]. A tale rilievo contribuisce poi la maturazione della consapevolezza che la privacy comprende due macro diritti fondamentali, il diritto al rispetto della propria sfera personale e il diritto alla protezione dei dati personali[16] ed è però connesso anche al fatto che, a differenza della Direttiva 95/46, la regolamentazione vigente non ha come unico scopo la tutela dell'interessato ma guarda ad una prospettiva più ampia: la garanzia di diritti e libertà delle persone fisiche, che può subire pregiudizi a causa di trattamenti di dati personali[17]. Come comprensibile, siffatta garanzia non rappresenta una prerogativa assoluta ma, come afferma il considerando 4 del GDPR, «*va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali in ossequio al principio di proporzionalità*». E' stato a tal proposito affermato che la tutela dei dati personali non può né essere irrigidita al punto da «*diventare ostacolo per la libera circolazione dei dati e lo sviluppo di una società democratica*» né «*essere attenuata fino al punto di mettere a rischio la tenuta sociale*»[18]. Essa richiede un uso attento del principio di proporzionalità per il corretto bilanciamento con gli altri diritti[19]. E' del resto incontrovertibile che il diritto all'oblio, in quanto "figlio" della società dell'informazione[20] , abbia subito l'influenza dell'evoluzione digitale e della pervasività della rete, che impattano anche sullo stesso bilanciamento, ridefinendo ad esempio il confine tra diritto all'informazione e diritto all'oblio[21].

L'impiego sempre più ampio di algoritmi e Intelligenza artificiale nell'evoluzione in corso della società digitale aiuta peraltro a comprendere come ci sia un interesse

[15] Per una ricostruzione della sicurezza e dei suoi possibili significati sia consentito il rinvio a F. ROTA, Sicurezza, ordina pubblico e polizie, Napoli, 2012. In tema di Cybersicurezza si veda R. URSI (a cura di), La sicurezza nel cyberspazio, Milano, 2023 e in particolare R. URSI, La sicurezza cibernetica come funzione pubblica, p. 7 ss. e M. MAURINO, Cybersecurity, sicurezza nazionale e trattamento dei dati personali, p. 169 ss., cui si rinvia anche per la disamina e il commento della giurisprudenza europea in tema di bilanciamento tra cybersecurity, sicurezza nazionale e diritto alla protezione dei dati personali. Sul bilancimaento tra sicurezza nazionale e tutela dei diritti fondamentali in relazione alla conservazione dei dati si veda G. NADDEO, Il difficile bilanciamento tra sicurezza nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella "Data retention saga" dinanzi alla Corte di Giustizia, in Freedom, Security & Justice, European legal studies, 2, 2022, p. 188 ss. Per una disamina del bilanciamento possibile tra sicurezza e privacy, si veda M. RUBECHI, Sicurezza, tutela dei diritti fondamentali nuove esigenze, vecchie questioni (a un anno dagli attacchi di Parigi), in federalismi.it, 2016.

[16] E. TOSI, Privacy digitale, persona e mercato: tutela della riservatezza e protezione dei dati personali alla luce del GDPR e del nuovo codice privacy, cit., p. 28.

[17] F. PIZZETTI, La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza artificiale, cit., p. 37.

[18] Così, F. PIZZETTI, La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza artificiale, cit., p. 38.

[19] Per una disamina del bilanciamento nella prospettiva della possibile patrimonializzazione dei dati, si veda N. PICA, Una lettura giuspubblicistica del dibattito civilistico sulla patrimonializzazione dei dati personali in Amministrativamente.com, 2021, 3, p. 503 ss.

[20] G. E. VIGEVANI, Identità, oblio, informazioni e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano, in Federalismi.it, 2014; F. DI CIOMMO, R. PARDOLESI, Dal diritto all'oblio in internet alla tutela della identità dinamica. È la Rete, bellezza!, in Danno e resp., 2012, p. 701.

[21] L. TULLIO, Tracce evolutive del "Right to be forgotten" tra esigenze di anonimato e richieste di deindicizzazione, cit., p. 113-114.

ISSN 2036-7821

pubblicistico alla conformità dei trattamenti rispetto al Regolamento che diventa, insieme alle autorità di controllo, parte del sistema di governance della società digitale[22].

Sotto questo profilo lo spostamento dei dati e delle informazioni sulla rete genera difficoltà connesse ai limiti dei confini nazionali al cospetto di fenomeni globali[23]. La concorrenza di princìpi, valori, diritti (umani), il pluralismo delle fonti e delle giurisdizioni genera difficoltà per l'individuazione e l'applicabilità delle regole e per la risoluzione delle controversie[24].

La pubblica amministrazione è però interessata dal GDPR anche in qualità di possibile titolare del trattamento e quindi di complesso di soggetti che devono rispettare la disciplina della gestione dei dati, seppur soggiacendo ad un regime giuridico che tiene conto delle loro peculiarità. Il GDPR sancisce la liceità dei trattamenti necessari per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri e i soggetti pubblici soggiacciono alle norme speciali dettate appositamente per loro ma restano anche soggetti all'applicazione degli obblighi generali cui sono assoggettati i titolari di trattamento privati[25].

Alla luce di quanto affermato diventa necessario comprendere quali sono i limiti di esercizio del diritto all'oblio quando i dati dell'interessato sono trattati in ragione dell'esecuzione di un compito d'interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri. Fermo restando il possibile ruolo esercitato dal consenso, anche in presenza di trattamenti da parte della pubblica amministrazione[26], già in vigenza del precedente regime giuridico è stato evidenziato in dottrina che la liceità del trattamento da parte di soggetti pubblici è connessa alla predeterminazione delle finalità del trattamento e alle norme attributive di competenze e deve essere connessa all'identificazione dei fini sottesi di volta in volta al trattamento e può quindi in

[22] Si veda sul punto F. PIZZETTI, La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza artificiale, cit., p. 51. Per una considerazione dell'impatto delle nuove tecnologie sul funzionamento dei sistemi democratici, si veda C. COLAPIETRO, Libera manifestazione del pensiero, fake news e privacy, oggi, in dirittifondamentali.it, 2022, 2, p. 422 ss.

[23] Per una disamina delle problematiche sottese alle difficoltà degli Stati nel mondo informatizzato e globalizzato e delle loro prospettive in termini di ruolo e di capacità di intervento, si veda L. CASINI, Lo Stato nell'era di Google, Firenze, 2020. Per una riflessione sul ruolo della cooperazione internazionale al fine di rendere maggiormente effettivo il diritto all'oblio si veda J. CIANI SCIOLLA, Diritto all'oblio e cooperazione internazionale: problemi e prospettive, in Riv. It. Inf. e dir., 1, 2022, p. 157.

[24] L. TULLIO, Tracce evolutive del "Right to be forgotten" tra esigenze di anonimato e richieste di deindicizzazione, cit., p. 115.

[25] S. D'ANCONA, Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo, in Riv. it. dir. pubbl. com., 3, 2018, p. 4.

[26] Per il rilievo del consenso e della funzione nei trattamenti da parte della pubblica amministrazione si veda G. CARULLO, Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa, Torino, 2017, p. 48 e ss.

ISSN 2036-7821

alcuni casi legittimamente prescindere dal consenso[27]. L'art. 24 deI D. Lgs. 196/2003, oggi abrogato, aveva poi specificato che la condizione di liceità prevista dall'art. 6, par. 3 – base giuridica individuata dal diritto dell'Unione o dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del Trattamento - potesse essere costituita, per quanto concerne il diritto nazionale da una norma di legge o, nei casi previsti dalla legge, di regolamento, mentre l'art. 6 GDPR è più generico, facendo riferimento al diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento[28].
I trattamenti che trovano la propria legittimazione nel perseguimento di un interesse pubblico o nell'esercizio di un pubblico potere sono affiancati da un regime particolare che viene organicamente definito e concluso dal regime delle eccezioni all'esercizio del diritto di oblio, che non si applica ai trattamenti necessari al perseguimento dell'interesse pubblico, ogni qualvolta essi siano stati legittimamente posti in essere e rispondano dunque ai principi previsti dal Regolamento e dal codice, primi fra tutti il principio di pertinenza, di limitazione delle finalità e di conservazione per un tempo non superiore a quanto necessario per il raggiungimento delle finalità. E' stato in proposito correttamente affermato che, anche quando la base di liceità di un trattamento sia costituita da un obbligo legale o dall'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri vale la condizione di necessità del trattamento e il trattamento risulta quindi non lecito se il fine poteva essere raggiunto senza il trattamento di dati personali, tanto che la disciplina del diritto di opposizione consente all'interessato di pretendere che il titolare del trattamento si astenga dal trattare ulteriormente i propri dati personali, salvo che egli dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per

[27] In questo senso, C. MUCIO, Il diritto alla riservatezza nella pubblica amministrazione: dati sensibili, dati personali e diritto di accesso, Milano, 2003, p. 45. Pur se l'Autore avverte altresì che la sola norma non è di regola sufficiente, dovendo la stessa essere poi specificata per l'identificazione dei fini sottesi di volta in volta al trattamento. Per un'opinione concorde ma successiva al GDPR si veda G. CARULLO, Diritto all'oblio e dovere di provvedere delle pubbliche amministrazioni, cit., p. 172. M. DELL'UTRI, Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), I dati personali nel diritto europeo, Torino, 2019, p. 221 ss. distingue efficacemente la legittimazione "contrattuale" al trattamento da quella "legale".

[28] M. DELL'UTRI, Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali, cit., p. 223 sottolinea che la genericità dell'espressione contenuta nel GDPR non contraddice però la previsione del codice italiano e che dunque il fondamento delle prerogative di indole pubblicistica potrebbe rinvenirsi comunque in norme primarie o secondarie, con la sola esclusione dei provvedimenti amministrativi a causa del difetto di generalità e astrattezza che ne connota la fattispecie. G. CARULLO, Diritto all'oblio e dovere di provvedere delle pubbliche amministrazioni, cit., p. 173 afferma che «in tal modo viene a configurarsi un potere di tipo autoritativo, in quanto idoneo ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui. Il soggetto – pubblico o privato – a ciò autorizzato dalla legge in vista di un interesse pubblico, ovvero nell'esercizio di un pubblico potere, può trattare dati personali indipendentemente dal consenso dell'interessato. In altre parole, sulla base di tale disposizione l'amministrazione, nell'esercizio dei propri poteri autoritativi, può procedere al trattamento di dati personali anche indipendentemente dall'eventuale diverso volere del soggetto interessato e, per converso, in capo a quest'ultimo, non residua alcun margine di apprezzamento circa il rilascio del consenso, in quanto non richiesto».

ISSN 2036-7821

procedere al trattamento, con conseguente dovere di provvedere senza ingiustificato ritardo da parte del titolare del trattamento[29].

3. Poteri e ruolo del garante nel mondo globalizzato

Come noto i compiti affidati all'autorità di controllo italiana, il Garante per la protezione dei dati personali, dal Regolamento (UE) 2016/679 e dal Codice in materia di protezione dei dati personali (decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196), adeguato alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 tramite il Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, sono molteplici e sono poteri, oltre che consultivi e di segnalazione, di indagine, controllo, ammonimento, ingiunzione, prescrizione e imposizione[30]. Il garante può inoltre adottare linee guida e comminare sanzioni pecuniarie[31].

Di particolare interesse per il tema oggetto di analisi sono i poteri sanzionatori del garante e i meccanismi di tutela amministrativa previsti dal GDPR, che si sommano agli strumenti di tutela giurisdizionale.

Il Regolamento, alla ricerca di una tutela effettiva dell'interessato, individua in suo favore una forma di tutela amministrativa dinanzi all'Autorità di controllo per trattamenti dei propri dati effettuati in violazione del Regolamento stesso; una tutela giursdizionale azionata per far valere un diritto riconosciuto dal Regolamento e una tutela giurisdizionale che si potrebbe definire "di garanzia", azionabile contro le decisioni dell'Autorità di controllo, costituzionalmente necessaria[32]. Il diritto di proporre reclamo ad un'Autorità pubblica, indipendente, istituita da uno Stato Membro -nel caso dell'Italia il Garante- è di fatto una forma di tutela aggiuntiva e non sostitutiva di quelle già previste a tutela delle posizioni giuridiche

[29] G. CARULLO, Diritto all'oblio e dovere di provvedere delle pubbliche amministrazioni, cit., p. 174.

[30] Per una disamina dei principali problemi connessi ai poteri delle autorità amministrative indipendenti, ex multis, F. MERLONI, Fortuna e limiti delle c.d. Autorità Amministrative Indipendenti, in Pol. Dir., 1997, p. 639 ss.; F. ZAMMARTINO, Le Autorità Amministrative Indipendenti: aspetti, problematiche e nuove prospettive, in dirittifondamentali.it, 1, 2020. Per l'analisi dei singoli poteri si rinvia a R.TOMEI, I poteri conoscitivi delle Autorità amministrative indipendenti, in Riv. Amm., 2005, p. 310 ss.; G. ALPA, I poteri regolamentari delle Autorità Amministrative Indipendenti, in S. AMBROSINO, G. MORBIDELLI E M. MORISI (a cura di), Istituzioni, mercato, democrazia. Liber amicorum per gli 80 anni di Alberto Predieri, Torino, 2002, p. 13; S. SCREPANTI, La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità Indipendenti, in Riv. trim dir. pubbl., 2007, p. 377 ss.;. Per una disamina dei poteri delle autorità di controllo e del loro contenuto cfr. E. GUARDIGLI, Le autorità di controllo: dalla direttiva 95/46/CE al Regolamento n. 679/2016, in G. FINOCCHIARO (a cura di), La protezione dei dati personali in Italia, Bologna, 2019, p. 678.

[31] E.A. MATARAZZO, L'aspetto sanzionatorio della nuova legge sulla privacy, in Stato civ. it., 2018, 12, p. 57 ss.; D. TROMBINO, Il GDPR verso il suo primo anno di vita. Informativa, trasferimento transnazionale e sanzioni, in Disc. comm. serv., 2019, 2, p. 43 ss.; B. BORRILLO, La tutela della privacy e le nuove tecnologie: il principio di accountability e le sanzioni inflitte dalle Autorità di controllo dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del GDPR, in dirittifondamentali.it, 2020, 2, 328 ss.

[32] R. GIORDANO, La tutela amministrativa e giurisdizionale dei dati personali, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), I dati personali nel diritto europeo, Torino, 2019, p. 1002.

ISSN 2036-7821

nell'ordinamento e, anche per ovviare ai rischi che connessi all'esercizio di alcuni poteri delle autorità amministrative indipendenti, è possibile che sulle decisioni del Garante o quando il Garante, benché sollecitato, non tratti il reclamo o non informi l'interessato nei tempi previsti dello stato e dell'esito del reclamo, intervenga dell'autorità giurisdizionale nazionale competente.

Mentre le sanzioni penali restano di competenza dello Stato, per quanto concerne invece le sanzioni amministrative[33], il Regolamento UE 2016/679, con un cambio di passo e un rafforzamento della protezione nei confronti dei trattamenti illeciti, introduce un sistema sanzionatorio che individua le possibili violazioni, stabilendo condizioni, ammontare e modalità di irrogazione delle sanzioni in modo estremamente specifico e se, da un lato, guarda alla tutela dell'interessato attraverso sanzioni adeguate, dall'altro, mira a «*sanzionare in modo rigoroso i trattamenti illegittimi nell'interesse della collettività*»[34]. In questo modo al Garante viene riconosciuto un ampio margine di discrezionalità nella valutazione della fattispecie concreta e nell'applicazione della sanzione che, pur dovendo avere una capacità dissuasiva, deve ovviamente rispettare sempre il principio di proporzionalità e deve essere esercitato con una particolare attenzione al procedimento di irrogazione delle sanzioni, che deve essere caratterizzato da una forte garanzia del contraddittorio[35].

Il potere sanzionatorio deve però essere esercitato applicando svariati parametri di applicazione: alcuni come natura, gravità, durata della violazione, categorie di dati personali coinvolte dalla violazione, sono connessi alle caratteristiche della violazione; altri, come oggetto, natura e finalità del trattamento, sono connessi alle caratteristiche del trattamento; altri, come numero degli interessati lesi dal danno, livello di danno subito, riguardano l'impatto della violazione; altri ancora come il carattere doloso o colposo della violazione, concernono l'elemento psicologico della condotta sanzionata; infine deve essere considerata la presenza di precedenti violazioni commesse dal titolare o dal responsabile del trattamento e il rispetto o meno dell'obbligo di notifica della violazione da parte del titolare o del responsabile del trattamento[36].

---

[33] Sui caratteri della sanzione amministrativa si vedano A. TRAVI, Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione, Padova, 1983; M. A. SANDULLI, Le sanzioni amministrative pecuniarie, Napoli, 1983; F. PELLIZZER- E. BURANELLO, Disciplina delle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione, in A. CAGNAZZO-S. TOSCHEI (a cura di), Le sanzioni amministrative. Principi generali, Milano, 2012, 3 ss. e più di recente G. MARTINI, Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo, Napoli, 2018.

[34] Così, S. ANTONIAZZI, Le sanzioni amministrative, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), I dati personali nel diritto europeo, Torino, 2019, p. 1098-1099.

[35] Per una disamina sistematica della disciplina delle sanzioni, dei procedimenti e della relativa tutela giurisdizionale, R. TITOMANLIO, Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria in M. FRATINI (a cura di), Le sanzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti, Milano, 2011, p. 23 ss.; R. CHIEPPA, Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle Autorità, Padova, 2010, p. 12.

[36] Così, S. ANTONIAZZI, Le sanzioni amministrative, cit., p. 1100, che specifica come, in caso di pluralità di violazioni per uno stesso trattamento, si applica la sanzione prevista per la violazione più grave.

ISSN 2036-7821

L'art. 83, comma 7, prevede poi che gli ordinamenti nazionali possano prevedere norme che incidono sulla possibilità di infliggere sanzioni amministrative pecuniarie alle autorità e agli orgnaismi pubblici nazionali.
In realtà il sistema sanzionatorio appena tratteggiato a grandi linee, nonostante la sensibilità delle Autorità garanti, continua a essere pensato in funzione di soggetti e mercati tradizionali e mostra vistosi limiti che non gli consentono di tutelare adeguatamente diritti e interessi individuali, collettivi e pubblici da soggetti privati operanti sulla rete in condizione di autonomia e indipendenza dai poteri pubblici e connotati da una grande concentrazione di potere[37]. Benché i nuovi diritti come il diritto all'oblio abbiano contribuito a erodere l'irresponsabilità di alcuni soggetti come le piattaforme, attenta dottrina ha osservato che il GDPR dovrebbe «*regolare le grandi aziende del web e i loro comportamenti per prevenire possibili violazioni della privacy delle persone, attraverso un uso disinvolto nel trattamento dei dati posseduti e archiviati*» ma, di fatto, «*poiché i cd. giganti globali dell'informazione online padroneggiano il complesso ambiente normativo, che invece penalizza le piccole aziende indigene schiacciate dal peso della burocrazia imposta dal GDPR*» finisce con l'avvantaggiare i colossi della rete[38].
Per questo oggi il legislatore europeo sta intervenendo con nuovi strumenti, relativi ai mercati digitali, ai servizi digitali e all'intelligenza artificiale, che dovrebbero integrare in modo più efficace il quadro di tutela al servizio delle persone[39].

4. La proporzionalità degli strumenti di tutela tra privacy e libertà di informazione
Allorché ci si sposti sull'analisi degli strumenti di tutela, la ricostruzione degli orientamenti giursprudenziali, a partire da quelli della Corte Costituzionale, palesa chiaramente che sia il principio generale di *proporzionalità* che orienta la configurazione di questi. Come si cercherà di evidenziare nella prosecuzione dell'indagine, questo principio opera in due prospettive. Da un lato, deve guidare la

[37] In questo senso L. TORCHIA, I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 4, 2022, p. 1101 ss., cui si rinvia anche per una suggestiva lettura del significato dell'esercizio dell'autoregolazione da parte delle piattaforme.
[38] T. E. FROSINI, L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale, in Dir. Informazione e Informatica, 1, 2022, p. 5.
[39] Per una disamina delle implicazioni della patrimonializzazione dei dati, si veda N. PICA, Una lettura giuspubblicistica del dibattito civilistico sulla patrimonializzazione dei dati personali in Amministrativamente.com, 2021, 3, p. 500 ss. Per un approfondimento sul Digital Markets Act, si vedano G. BRUZZONE, Verso il Digital Markets Act: obiettivi, strumenti e architettura istituzionale, in Riv. reg. mercati, 2022, p. 323 ss.; A. MANGANELLI, La proposta di regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione, in Mercato conc. reg., 2021. Per un approfondimento sulla regolamentazione in materia di intelligenza artificiale, si vedano E. CHITI E B. MARCHETTI, Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale, in Riv. reg. mercati, 2020, p. 29 ss.; C. CASONATO E B. MARCHETTI, Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale, in BioDiritto, 2021; F. RODI, Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive, in G. ALPA (a cura di), Diritto e intelligenza artificiale, Pisa, 2020, p. 187 ss. Più in generale si veda M. MIDIRI, Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno), in Dir. Informazione e Informatica, 2021, 2, p. 111 ss.

ISSN 2036-7821

scelta applicativa degli strumenti di tutela, affinché il diritto all'oblio sia contemperato con le libertà costituzionali di manifestazione del pensiero e di stampa, nelle diverse declinazioni che possano assumere, soprattutto nei media digitali, ovvero, con riferimento alle pubbliche amministrazioni, con i principi di trasparenza e publicità. Dall'altro, secondo l'interpetazione della giurisprudenza europea (e, di riflesso, presso le corti nazionali), opera per l'individuazione dei confini territoriali di efficacia degli strumenti di tutela, siano essi amministrativi o giurisdizionali.

In ordine alla perimetrazione dell'incisività degli strumenti di tutela, si può muovere dalla decisione n. 20/2019 della Corte Costituzionale, che approfondisce il rapporto tra diritto all'oblio e gli obblighi di trasparenza amministrativa[40]. Nel dichiarare incostituzionale l'obbligo di pubblicare on-line i dati personali sul reddito e sul patrimonio dei dirigenti pubblici diversi da quelli che ricoprono incarichi apicali, la decisione ha ribadito il fondamento costituzionale del diritto alla riservatezza dei dati personali, declinato come risvolto della manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilita` della sfera privata, protetto negli artt. 2, 14 e 15 Cost. Inoltre, la decisione ricostruisce minuziosamente la specifica protezione che si ritrova in alcune norme sovranazionali, quali gli artt. 8 della CEDU e gli artt. 7, 8 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quali disposizioni che «stabiliscano principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali»[41].

[40] Sul portato della sentenza n. 20/2019, cfr., ex multis, B. PONTI, Il luogo adatto dove bilanciare. Il "posizionamento" del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019, in Le istituzioni del federalismo, 2/2019, p. 525; R. PINARDI E S. SCAGLIARINI, Riflessioni a partire dalla vicenda del "bonus Covid" in favore dei titolari di cariche pubbliche: quale bilanciamento tra privacy e trasparenza?, in federalismi.it, 14/2021, p.139ss.; S. SCAGLIARINI, La tutela della privacy e dell'identità digitale nel qudro dell'evoluzione tecnologica, in Consultaonline, II/2021, p.489. Come è noto, la Corte, sin dalla sentenza n. 139 del 1990, con riferimento ai dati raccolti a fini statistici, ha ricondotto la funzione della tutela della riservatezza e della protezione dei dati personali al «prevenire qualsiasi rischio che i dati raccolti siano conosciuti all'esterno nel lororiferimento nominativo o individuale ovvero in modo tale che siffatto riferimento possa esser ricostruito pur in presenza di dati anonimi e/o aggregati. Lo scopo di tale principio è duplice, in quanto, senza siffatte garanzie, da un lato, le statistiche potrebbero risultare non veridiche e, dall'altro lato, potrebbero essere messi in pericolo beni individuali strettamente connessi al godimento di libertà costituzionali e, addirittura, di diritti inviolabili». Con la sentenza n. 271 del 2005, che si riferisce alla disciplina organica dettata dal d.lgs. n. 196 del 2003, la Corte argomenta che questa disciplina, «tende a tutelare per la prima volta in modo organico il trattamento dei dati personali…qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione».

[41] La decisione, come è noto, ha dato alla Corte l'occasione anche per ribadire il suo orintamento già espresso nella decsione n. 269 del 2017, in ordine ai rapporti dell'ordinamento interno con la Carta di Nizza, affermando che «i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto «parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale…in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato. Questo orientamento va confermato anche nel caso di specie,

ISSN 2036-7821

La Corte ha trovato l'occasione di chiarire che nell'era digitale il diritto alla riservatezza si evolve da «manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata» e si configura «quale diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona, e si giova, a sua protezione, dei canoni elaborati in sede europea per valutare la legittimità della raccolta, del trattamento e della diffusione dei dati personali». Questi criteri sono ritrovati nei «già ricordati principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in virtù dei quali deroghe e limitazioni alla tutela della riservatezza di quei dati devono operare nei limiti dello stretto necessario, essendo indispensabile identificare le misure che incidano nella minor misura possibile sul diritto fondamentale, pur contribuendo al raggiungimento dei legittimi obiettivi sottesi alla raccolta e al trattamento dei dati». Cosi, «I diritti alla riservatezza e alla trasparenza si fronteggiano soprattutto nel nuovo scenario digitale: un ambito nel quale, da un lato, i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni, e, dall'altro, proprio la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare». Nella prospettiva del bilanciamento tra più ampia circolazione delle informazione, da un lato, e diritto a controllare la circolazione delle proprie informazioni, dall'altro, secondo la Corte la valutazione delle norme interne deve essere svolta con un giudizio ragionevolezza che «si avvale del cosiddetto test di proporzionalità, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca *oneri non sproporzionati* [corsivo di chi scrive] rispetto al perseguimento di detti obiettivi». In definitiva, secondo la Corte, la disciplina europea, pur riconoscendo un ampio margine di regolazione autonoma e di dettaglio agli Stati membri con riguardo a certe tipologie di trattamento, impone loro il principio di proporzionalità del trattamento». Le consegnuenze delineate dalla Corte sono particolarmente rilevanti in ordine all'attività dei motori di ricerca su internet, oggetto più specifico delle riflessioni che seguiranno: le amministrazioni non possono disporre filtri e altre soluzioni tecniche atte ad impedire ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche all'interno della sezione «Amministrazione trasparente»; gli obblighi di pubblicazione (ai sensi della disciplina sulla trasparenza amministrativa) dei dati personali "comuni", diversi dai dati sensibili e dai dati giudiziari, comportano la loro diffusione attraverso siti istituzionali, «nonché il loro trattamento secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i

nel quale principi e diritti fondamentali enunciati dalla CDFUE intersecano, come meglio si chiarirà, principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione».

ISSN 2036-7821

motori di ricerca web, e anche il loro riutilizzo, nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali».

La precisazione dei contenuti, dell'estensione, dei soggetti destinatari delle diverse misure di tutela del diritto all'oblio, si è definita nel tempo grazie all'evoluzione della giurisprudenza ordinaria, facendo evolvere le tecniche di tutela tradizionali nell'era digitale[42].

Con la decisione n. 5525 del 2012, la Corte di Cassazione affronta il tema della pubblicazione online delle notizie e della loro *permanenza* nella rete internet (ed in particolare negli "archivi digitali", disponibili ancora online, delle testate giornalistiche in formato digitale), con riferimento a specifiche notizie di stampa realative a passate vicende giudiziarie, che ne rappresentavano solo frammenti o fasi, senza dare contezza degli sviluppi successivi e conclusivi. Nonostante la piattaforma digitale della testata giornalistica tenesse distinta l'edizione quotidiana del fascicolo digitale dall'archivio delle notizie, veniva in rilievo l'*indicizzazione* dell'archivio operata dai motori di ricerca più diffusi, e quindi la facilità di diffusione di vecchie e frammentate notizie e la loro persistenza[43]. La vicenda muoveva da una Decisione del Garante del 22 Maggio 2009, che aveva respinto la richiesta di spostamento di un articolo in una sezione di un sito non indicizzata dai motori di ricerca. Da un lato, la Corte rilevava comunque la persistenza dell'interesse pubblico alla divulgazione della notizia; dall'altro, chiariva l'importanza del diritto alla riservatezza, intenso nella nuova accezione dinamica come disegnata dal Codice della privacy, che imponeva il trattamento dei dati personali in modo lecito e secondo correttezza, non eccedendo le finalità di trattamento, oltre che non conservati per un periodo di tempo non superiore a quello previsto dalle medesime finalità. Secondo la Corte,

[42] Si sottolinea, come è noto, l'importanza della sentenza n. 3679 del 1998, con cui la Cassazione, richiamando principi espressi nella sentenza n. 5259 del 1984 sulla libertà di stampa, ha ribadito innanzitutto i confini del diritto di cronaca legittimamente esercitato (la libertà di trattamento de fatti, nell'osservanza del codice deontologico), ovvero la persistenza di un interesse pubblico, inteso come l'utilità sociale dell'informazione, mutevole nel tempo, che tende a scemare con trascorrere degli anni; la pertinenza delle notizie, ovvero l'espressione della verità oggettiva o putativa dei fatti; la correttezza dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione. La Suprema Corte si sofferma in particolare sul limite al diritto di cronaca consistente nell'attualità della notizia. Questo limite si configura come il carattere dinamico dell'interesse pubblico del fatto, che può aumentare (se ad esempio il soggetto condannato per reati politici si ricandida) o diminuire (per il trascorrere del tempo). In questa decisione il diirtto indivduale viene ricondotto propriamente alla protezione del diritto alla riservatezza. Su questi orientamenti storici, cfr., ex multis, P. LAGHEZZA, Il diritto all'oblio esiste (e si vede), in Il Foro italiano, 6/1998, 1, p. 1835; A.L. VALVO, Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione "digitale", in Studi sull'integrazione europea, 2/2015, p. 347; F. AGNINO, Il diritto all'oblio e diritto all'informazione: quali condizioni per il dialogo?, in Danno e responsabilità, 1/2018, p. 104; M. MEZZANOTTE e A. R. RIZZA, La trasfigurazione del diritto all'oblio, in Consulta online, 3/2020, 1, p. 645.

[43] La decisione è stata oggetto di molte analisi. Cfr., ex multis, G. FINOCCHIARO, Identità personale su Internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione, in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 3/2012, p. 383; T. E. FROSINI, Il diritto all'oblio e la libertà informatica, in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 4-5/2012, p. 911; M. BELLANTE, Diritto all'identità personale e obbligo di aggiornamento degli archivi storici di testate giornalistiche, in Giurisprudenza italiana, 5/2013, p. 1073.

ISSN 2036-7821

proprio il principio di correttezza era alla base di un bilanciamento degli interessi, tra il diritto di cronaca e di informazione in generale, e il diritto al rispetto della riservatezza altrui, «cioè a che non vengano ulteriormente divulgate notizie che per il trascorrere del tempo risultino ormai dimenticate o ignote alla generalità dei consociati».

Così come aveva fatto l'autorità garante, occorreva la verifica della permanenza o del rinnovamento dell'interesse pubblico alla divulgazione della notizia, per esigenze storiche, didattiche, culturali o sociali, in modo tale da modificare le finalità del trattamento originario. Tale ipotesi, sulla base dall'articolo 11, lettera b, del Codice della privacy, veniva a giustificare la conservazione del dato in un archivio avente finalità diverse (storiche) rispetto a quelle dell'originaria raccolta. La Corte precisava poi le specifiche peculiarità degli archivi digitali: «se vera, esatta ed aggiornata essa era al momento del relativo trattamento quale notizia di cronaca, e come tale ha costituito oggetto di trattamento, il suo successivo spostamento in altro archivio di diverso scopo (nel caso, archivio storico) con memorizzazione anche nella rete internet, deve essere allora realizzato con modalità tali da consentire alla medesima di continuare a mantenere i suindicati carattere di verità ed esattezza, e conseguentemente di liceità e correttezza, mediante il relativo aggiornamento e contestualizzazione». Anche il dato personale raccolto e diffuso lecitamente per finalità di cronaca, e lecitamente mantenuto per finalità storiche, poteva connotarsi di illecietà, allorché si connotasse come incompleto, non contestualizzato, e quindi inesatto o non vero. La tecnica di tutela era così individuata nel «collegamento della notizia ad altre informazioni successivamente pubblicate concernenti l'evoluzione della vicenda, che possano completare o financo radicalmente mutare il quadro evincentesi dalla notizia originaria», al fine di garantire che la notizia fosse storicamente completa, corretta, e quindi non violi i diritti fondamentali dell'interessato. La tutela si articolava così nel diritto a conoscere chi possiede i dati, quali dati possedesse, nonché di opporsi al trattamento dei dati, «ovvero di ingerirsi al riguardo, chiedendone la cancellazione, la trasformazione, il blocco, ovvero la rettificazione, l'aggiornamento, l'integrazione».

La tecnica di tutela dell'aggiornamento e dell'integrazione iniziava a porre il problema delle sedi frammentate di permanenza della notizia nella rete internet, nell'archivio della testata editoriale, titolare del sito sorgente, e nelle altre sedi, anche estranee alla titolarità della testata, in cui i dati fossero trasmigrati in sede di archiviazione e indicizzazione.

Infatti, la Corte sobbarcava tutta la responsabilità sull'azienda editoriale, stabilendo che non spettasse al motore di ricerca procedere agli obblighi di integrazione, poiché

ISSN 2036-7821

questi dovesse configurarsi solo come un intermediario della comunicazione, disciplinato dal decreto legislativo n. 70/2003[44].

Il tema era, per la verità, già stato oggetto di attenzione da parte dell'autorità garante, a partire da un provvedimento del 18 gennnaio 2006, nel quale era stato messo in rilievo che la rettifica o cancellazione effettuata dal gestore del sito non fosse sufficiente a tutelare l'interessato, menzionando le copie cache dei siti e le relative sintesi nei campi del motore di ricerca, non aggiornate o rettificate.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell'evoluzione della giurispruduenza successiva, hanno avuto occasione di precisare almeno le casistiche del diritto all'oblio, sia che assumesse le forme della "deindicizzazione" dai motori di ricerca, sia che si cofigurasse come diritto alla cancellazione: «quando si parla di diritto all'oblio ci si riferisce, in realtà, ad almeno tre differenti situazioni: quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella, connessa all'uso di internet ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale [...]; e quella, infine, trattata nella citata sentenza Google Spain della Corte di giustizia dell'Unione Europea [di cui ci si occuperà più avanti], nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati»[45]. Sul tema, occorre osservare come gli interpreti abbiano discusso sulla omogeneità o eterogeneità del diritto alla deindicizzazione con il diritto all'oblio, pervenendo a interpetazioni diverse da quelle sostenute dalla Corte. In particolare, si osserva che con la deindicizzazione non verrebbe in rilievo nessun giudizio di liceità della pubblicazione originaria del dato[46].

---

[44] L'azienda editoriale titolare del sito, in cui era collocato l'archivio storico della testata disponibile grazie all'indicizzazione dei motori di ricerca, doveva cosi «garantire la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia già di cronaca oggetto di informazione e di trattamento, a tutela del diritto del soggetto cui i dati pertengono alla propria identità personale o morale nella sua proiezione sociale, nonché a salvaguardia del diritto del cittadino utente di ricevere una completa e corretta informazione».

[45] Cfr., tra le altre, Cass., sez. un. civ., sent. 22.7.2019 n. 19681. Sulla questa decisione, cfr., ex multis, S. SCAGLIARINI, op.cit., p. 499; G. CALABRESE, Il diritto alla deindicizzazione non si estende alla cancellazione delle copie ''cache'', in NGCC, 6/2022, p. 2015; G. PARDOLESI E B. SASSANI, Bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca: il mestiere del giudice, in Foro it., 2019, I, p. 235; G. DI CIOMMO, Oblio e cronaca: rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento, in Corr. giur., 2019, p. 5.

[46] Come osserva CALABRESE, op.cit., p. 1217, le interpetazioni dottrinali prevalenti concordano nell'affermare che il diritto alla deindicizzazione non coincida con il diritto all'oblio, per quanto affini: «Infatti, tramite l'esercizio del diritto all'oblio l'interessato chiede che la notizia a sé riferibile venga cancellata dal sito web che la ospita, mentre con il diritto alla deindicizzazione chiede che venga preclusa una particolare modalità di ricerca di quella notizia, ossia quella effettuata inserendo specifiche chiavi di ricerca. Invece, la deindicizzazione è il rimedio atto ad evitare che il nome della persona sia associato dal motore di ricerca ai fatti di cui internet continua a conservare memoria; la deindicizzazione asseconda, dunque, il diritto della persona a non essere trovata facilmente sulla rete…proprio perché la notizia continuerà ad essere accessibile da chi, intenzionato realmente ad essa, porrà in essere un'attività di ricerca più articolata ed attraverso chiavi di ricerca che non contemplino il nome dell'interessato. La deindicizzazione opera, infatti, escludendo solamente le azioni di ricerca eseguite partendo

ISSN 2036-7821

In altre decisioni[47] La Cassazione ricorda che il diritto all'oblio consiste nel non rimanere esposti senza limiti di tempo ad una rappresentazione non più attuale della propria persona con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza, a causa della ripubblicazione, a distanza di un importante intervallo temporale, di una notizia relativa a fatti del passato, ma la tutela del menzionato diritto va posta in bilanciamento con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto, espressione del diritto di manifestazione del pensiero e quindi di cronaca e di conservazione della notizia per finalità storico-sociale e documentaristica, cosicché nel caso di notizia pubblicata sul ''web'', il medesimo puo` trovare soddisfazione anche nella sola ''deindicizzazione'' dell'articolo dai motori di ricerca.
Il tema è poi connesso, come si è visto, all'individuazione dei soggetti che possono essere destinatari di misure di tutela. Stavolta è la giurisprudenza amministrativa[48] a chiarire che non si configura la responsabilità di un gestore di una piattaforma online, o meglio di un motore di ricerca, qualificato come *hosting provider*, qualora venga su di essa pubblicato da un inserzionista un annuncio pubblicitario. La sola diffusione dei contenuti ha natura automatizzata e non comporta la manipolazione dei messaggi, venendo così a mancare il "ruolo attivo" del gestore del servizio, necessario per la configurazione di una sua responsabilità. Secondo la tipologia di servizio offerto, gli ISP sono classificati in *access provider* o *gatekeeper*, i quali forniscono, secondo varie modalità, l'accesso alle reti di comunicazioni elettroniche; *service provider*, che mettono a disposizione servizi di posta elettronica; *content provider*, fornitori di propri contenuti digitali; *mere conduit*, *caching* e *hosting provider*, che diffondono contenuti altrui.

5. La "deindicizzazione" e i suoi confini territoriali nella giurisprudenza europea e nazionale
La deindicizzazione chiama in causa non solo i diversi soggetti a cui in rete sono riconducibili gli archivi digitali e le loro "copie cache", ma anche la sede dei server di conservazione di essi. Come già accennato, nella nota sentenza Google Spain[49], la Corte di giustizia europea ha affrontato la declinazione che il diritto all'oblio possa assumere nei confronti dei motori di ricerca, configurando le specifiche

dal nome della persona, che rendano noti ambiti della vita passata di questa; si evita che gli utenti online, che ignorino il coinvolgimento della persona nelle vicende in questione (che non vengono oscurate del tutto perché potrebbero rivestire ancora un interesse attuale), si imbattano nelle relative notizie casualmente, solo perché hanno digitato il nome della persona sulla ''barra di ricerca''. Quest'ultima modalità di ricerca, in quanto notevolmente potenziata dagli algoritmi di indicizzazione e predittivi del motore di ricerca, é idonea a determinare un'ingerenza eccessiva e pregiudizievole per il diritto fondamentale al rispetto della vita privata delle persone».

[47] Cassazione civile, Sez. I, 19 maggio 2020, n. 9147.

[48] Cons. Stato, Sez. VI, sent. 18 maggio 2021, n. 3851, e prima ancora T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 28 ottobre 2021, n. 11036, Google Ireland Limited c. Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni.

[49] Corte giust., sent. 13 maggio 2014, causa C-131/12. Su questa decisione, ex multis, cfr. F. BALDUCCI ROMANO, La Corte di Giustizia 'resetta' il diritto all'oblio, in federalismi.it, 3/2020, p. 31; SCAGLIARINI, op.cit.; CALAB RESE, op.cit.

ISSN 2036-7821

caratteristiche di un "diritto alla deindicizzazione". L'argomentazione della Corte muove dalla considerazione che il motore di ricerca realizzi una "rappresentazione digitale" del soggetto ricercato allorché restituisca un elenco di risultati selezionati e aggregati con le notizie relative al soggetto. Questa rappresentazione, prodotta dalla sintesi di tutte le notizie frutto di un'unica ricerca, secondo uno specifico ordine determinato dall'algoritmo del motore di ricerca, costituisce un trattamento dei dati che involge sì il diritto alla riservatezza, ma più incisivamente, secondo la Corte europea, chiama in causa il diritto all'autodeterminazione nella realtà digitale: «l'organizzazione e l'aggregazione delle informazioni pubblicate su internet, realizzate dai motori di ricerca allo scopo di faci- litare ai loro utenti l'accesso a dette informazioni, possono avere come effetto che tali utenti, quando la loro ricerca viene effettuata a partire dal nome di una persona fisica, ottengono attraverso l'elenco di risultati una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa per- sona reperibili su internet, che consente loro di stabilire un profilo più o meno dettagliato di quest'ultima»[50].

La controversia ha fatto emergere l'opposizione dei gestori dei motori di ricerca, che hanno sollevato la questione dell'estensione territoriale della deindicizzazione, assumendo che i dati personali dovessero essere rimossi solo dalle ricerche effettuate nei domini internet corrispondenti allo Stato membro dell'interessato (.it, .es, e così via) e non dall'intera rete globale del motore di ricerca. Con una successiva decisione[51] la Grande Sezione della Corte ha affermato che il gestore del motore di ricerca è obbligato tendenzialemente ad eseguire la deindicizzazione solo dalle estensioni del motore di ricerca corrispondenti a tutti gli Stati membri dell'Unione. La questione si originava dall'impugnazione della sanzione pecuniaria irrogata dall'Autorità francese di protezione dei dati personali CNIL nei confronti del motore di ricerca Google per l'inottemperanza di un provvedimento con cui l'autorità, a seguito di molte istanze proposte nel 2014, disponeva che la società californiana provvedesse al *dereferencing* a livello globale, ossia su tutti i nomi di dominio del motore di ricerca.

Secondo la Corte, il trattamento dei dati da parte del motore di ricerca va ritenuto sostanzialmente unitario, poiché i vari nomi di dominio vanno intesi puramente quali percorsi tecnici di accesso a tale trattamento. Tuttavia, la deindicizzazione non potrebbe avere portata mondiale, perché l'articolo 17 del RGDP avrebbe mancato di esercitare la competenza legislativa dell'Unione, non avendo effettuato alcun bilanciamento tra diritto alla privacy e libertà di informazione degli utenti della rete «per quanto riguarda la portata di una deindicizzazione al di fuori dell'Unione».

[50] Cfr. ancora CALABRESE, op.cit., p. 1216.

[51] Sentenza del 24 settembre 2019, Google c. CNIL (Corte giust., sent. 24 settembre 2019, causa C-507/17, CNIL, autorità francese di garanzia della privacy). Sulla decdsione, cfr. BALDUCCI ROMANO, op.cit.

ISSN 2036-7821

Nella pronuncia, sulla scorta della decisione Google Spain, sembrano configurarsi differenti declinazioni di diritti all'oblio, tra loro differenti: quello europeo, avrebbe un'estensione coincidente – di default – con il territorio dell'Unione; gli altri, di stampo nazionale, sarebbero "a geometria variabile", estendendo o restringendo il proprio perimetro in misura inversamente proporzionale alle plurime libertà di informazione nazionali, anch'esse puntiformi e plasmabili dagli Stati. Secondo un orientamento recente, affermato nella decisione della Grande Sezione dell'8 dicembre 2022, in causa C-460/20, spetta al diretto interessato che richiede la cancellazione fornire la prova dell'inesattezza del contenuto del testo indicizzato.

Gli orientamenti del giudice europeo condizionano il nostro giudice nazionale, che, in prima battuta[52], accoglieva le limitazioni sostenute dalla Corte. Il giudice di uno Stato membro può, in teoria, statuire sulla rimozione delle informazioni, manifestamente illecite, diffuse a mezzo Internet a livello mondiale. Tuttavia, a causa delle differenze esistenti fra le leggi nazionali, da un lato, e la tutela della vita privata e dei diritti della personalità da esse prevista, dall'altro, e al fine di rispettare i diritti fondamentali ampiamente diffusi, un siffatto giudice deve adottare piuttosto un atteggiamento di autolimitazione. Tale autolimitazione si realizza attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità.

Nella giursprudenza successiva, la Cassazione civile (Sez. I, 21 luglio 2021, n. 20861) afferma che in tema di diritto all'oblio, la domanda giudiziale di deindicizzazione di alcune pagine web deve contenere la precisa individuazione dei risultati della ricerca da rimuovere, sia per ragioni processuali, poiché l'atto introduttivo del giudizio esige, a pena di nullità, l'indicazione del ''petitum'' mediato, sia per ragioni sostanziali, poiché l'obbligo di intervento del ''provider'' presuppone la conoscenza da parte di quest'ultimo dell'esistenza di contenuti suscettibili di rimozione. Inoltre, è l'individuazione di detti risultati che consente al giudice di effettuare, nella singola fattispecie, il fondamentale bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e interesse pubblico all'informazione, in base ad elementi di fatto acquisiti al processo e sottoposti al contraddittorio delle parti.

E ancora[53], viene sottolineato che il diritto alla cancellazione delle copie cache, relative a una informazione accessibile tramite il motore di ricerca, diversamente dal rimedio della deindicizzazione del dato a partire dal nome della persona, esige un bilanciamento più stringente del diritto dell'interessato all'oblio con il diritto della collettività all'informazione, connessa al fatto nel suo complesso, attraverso parole chiave diverse dal nome dell'interessato.

[52] Tribunale di Milano, Sez. I, 17 giugno 2020. Su questa decisione, cfr. S. GRISANTI, Internet service providers e diffamazione in rete: una recente ordinanza del Tribunale di Milano, in Il diritto industriale, 3/2021, p. 285.

[53] Cass. Civ., I sez., 8.2.2022, n. 3952.

ISSN 2036-7821

L'ordine di cancellazione delle copie cache appare come misura esorbitante e certamente più radicale della sola deindicizzazione, in quanto non consente, o rende comunque più complesso, raggiungere la medesima notizia attraverso il motore di ricerca anche utilizzando chiavi di ricerca che non contemplino il nome dell'interessato. La disassociazione del nome della persona rispetto ai link delle pagine web è rimedio atto a tutelare l'identità personale: più precisamente, tutela l'identità digitale del soggetto e la sua libertà di autodeterminarsi sul web. L'elenco dei risultati della ricerca è idoneo, infatti, a fornire una rappresentazione online della persona a cui le notizie si riferiscono, rappresentazione che, in quanto ''trattamento di dati'', deve essere pertinente, veritiera, corretta e non deve determinare un'illecita intromissione nella sfera privata del soggetto.

La condotta dell'*Hosting provider* viene poi differenziata in "attiva" e "passiva"[54]: ai sensi dell'art. 16 del D.Lgs. n. 70/2003, il gestore di un motore di ricerca è responsabile per il contenuto delle informazioni memorizzate e diffuse in rete qualora, sebbene a conoscenza del carattere manifestamente falso e diffamatorio delle stesse, non ottemperi alla richiesta di deindicizzare le pagine web contenenti tali informazioni rispetto alla chiave di ricerca costituita dal nominativo dell'interessato. L'hosting provider può essere soggetto a differenti regimi di responsabilità a seconda dell'attività, passiva o attiva, svolta: si configura così un esonero di responsabilità ex art. 16, D.Lgs. n. 70/2003 per il caso di trattamento passivo di dati personali, da un lato; dall'altro, una responsabilità pressoché oggettiva ai sensi dell'art. 82, Reg. UE 2016/679 (incorporato dal D.Lgs. n. 196/2003) per il caso di trattamento attivo di dati personali.

Infine, nella giursprudenza più recente[55], la Cassazione, accogliendo un ricorso del Garante della privacy contro Google LLC, ha esteso globalmente l'ordine di rimozione degli URL (*Uniform Resource Locator* che identifica l'indirizzo webmail su rete), al di là dei confini nazionali ed europei, imponendo la rimozione anche nelle versioni extraeuropee del motore di ricerca. Secondo la Corte, «il diritto all'oblio si correla al diritto alla riservatezza e in questa prospettiva protegge l'interessato nella pretesa di non veder ulteriormente divulgate notizie, già legittimamente pubblicate, ma superate nel tempo che ha dissolto l'interesse pubblico alla circolazione dell'informazione». Si ribadisce ancora una volta che «occorre un bilanciamento del diritto all'oblio con il diritto alla libertà di informazione», considerando che per l'ordinamento giuridico italiano «a fronte delle modalità liquide e pervasive della circolazione dei dati sulla rete di internet, non è consentita una limitazione della tutela assicurata alla tutela della vita privata della persona». Si precisa poi che il parametro di valutazione al quale bisogna ispirarsi per il bilanciamento degli opposti

[54] Cassazione Civile, Sez. I, 8 giugno 2022, n. 18430, P.A. c. Google LLC.
[55] Cass. Civ., Sez. I, 24 novembre 2022, n. 34658.

ISSN 2036-7821

interessi è quello conforme agli standard costituzionali italiani che «legittimano di richiedere al gestore di effettuare una deindicizzazione su tutte le versioni del proprio motore, incluse quelle extraeuropee».
La condotta esigibile dal caching provider consisterà nel mutare i propri algoritmi per dissociare il nominativo del danneggiato dalle pagine internet che riportano la notizia lesiva, affinché gli utenti, nell'immettere il nominativo del danneggiato come chiave di ricerca, non possano visualizzare e venire cosı` a conoscenza o rinnovare il loro ricordo dei fatti ascritti all'interessato, non più di pubblico interesse. La tutela inibitoria contro il provider potrà anche assumere una tonalità più intensa, e la domanda giudiziale sarà cosı` caratterizzata da un diverso petitum mediato, allorquando il danneggiato chieda la eliminazione delle stesse copie chace delle pagine internet memorizzate dal provider sui propri server (al fine di rendere più veloce la visualizzazione dei risultati), di modo che nessuna interrogazione del motore di ricerca, a prescindere dalla chiave di ricerca utilizzata, possa più restituire, tra i risultati, le pagine internet riportanti la notizia lesiva. Tali pagine rimarranno bensı` accessibili al pubblico, ma solo previa digitazione dello specifico indirizzo nel browser, mentre non saranno visualizzabili tra i risultati di una interrogazione del motore di ricerca.

6. Autorità nazionali, confini nazionali e archivi digitali

La decisione n. 9782890 del 9 giugno 2022 del Autorità garante per la protezione dei dati personali consente di accennare, in conclusione, anche ad un altro indirizzo della Corte di Giustizia, in tema di limitazione della circolazione degli archivi degitali, anche quando protetta da trattati internazionali. Recentemente l'Autorità garante per la protezione dei dati personali italiana, l'Autorità austriaca e l'autorità francese hanno adottato misure per inibire l'utilizzo di "Google Analytics" in ragione dei rischi connessi al trasferimento di dati personali oltreoceano dal suolo europeo.
Tali provvedimenti seguono l'orientamento assunto dalla Corte di Giustizia nelle decisioni c.d. Schrems[56] che hanno sancito l'invalidità dell'accordo (c.d. Privacy Shield) tra Commissione europea e Stati Uniti, in base al quale i dati personali potevano liberamente transitare tra le due sponde dell'Oceano Atlantico, sulla base del capitolo V del GDPR sul trasferimento di dati verso Paesi terzi. Il Capo V del Regolamento – rubricato per l'appunto "Trasferimenti di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali" – è interamente dedicato alle tutele e alle

[56] CGUE, C 362/14, Schrems I, 2015, relativa al c.d. Safe Harbour nonché la sentenza c.d. CGUE, C-311/18, 2020, Schrems II. Sul portato delle decsioni Schrems, cfr. G. GENTILE E O. LYNSKEY, Deficient by design? The transnational enforcement of the GDPR, in ICLQ, 71/2022, p. 79; O. GSTREIN E A.J. ZWITTER, Extraterritorial application of the GDPR: promoting European values or power?, in Internet Policy Review, 10(3), 2021; C. SCARPELLINO, Un oblio tutto europeo, in Danno e responsabilità, 2/2020, p. 210.

ISSN 2036-7821

garanzie richieste per i trasferimenti in questione. Il Principio generale – ex art. 44 GDPR – dispone che tali trasferimenti sono possibili nella misura in cui «il livello di protezione delle persone fisiche garantito […] dal regolamento non sia pregiudicato». Questa disciplina, come interpretata dalla Corte, attribuisce i poteri *ad hoc* alle Autorità per poter sondare la legittimità di ciascun trasferimento nonché la congruità delle misure adottate. Come ricordato dalla sentenza Schrems II, all'Autorità del singolo Stato membro spetta «sospendere o a vietare un trasferimento di dati verso un paese terzo effettuato sulla base di clausole tipo di protezione dei dati adottate dalla Commissione, qualora detta autorità di controllo ritenga, alla luce del complesso delle circostanze proprie di tale trasferimento, che le suddette clausole non siano o non possano essere rispettate in tale paese terzo e che la protezione dei dati trasferiti richiesta dal diritto dell'Unione, segnatamente dagli articoli 45 e 46 del GDPR e dalla Carta, non possa essere garantita con altri mezzi, ove il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento stabiliti nell'Unione non abbiano essi stessi sospeso il trasferimento o messo fine a quest'ultimo». Come si è visto, gli argini alla circolazione indefinita dei dati degli archivi digitali (e alla loro proteiforme riproduzione e trasformazione) possono essere molteplici e diffierenziati. Probabilmente, molti strumenti giuridici di tutela sono sempre più inefficaci. Tuttavia, solo una rete di cooperazione efficace tra autorità amministrative garanti nazionali, giudici nazionali e autorità politiche, da un lato, e i loro corrispondenti nell'ordinamento europeo, dall'altro, potrà sperimentarne di nuovi efficaci.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La progressiva affermazione del principio di trasparenza nel settore tributario: il contributo dell'Adunanza Plenaria

di Laura Lamberti

(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa 2. Il principio di trasparenza, le informazioni tributarie e la disciplina dell'accesso difensivo 3. Le recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria in tema di accesso alle informazioni detenute dall'amministrazione finanziaria 4. I concessionari della riscossione e gli obblighi di conservazione e ostensione delle cartelle di pagamento 5. Considerazioni conclusive

Abstract

The essay analyzes the affirmation of the principle of transparency in the democratization of relations between administration and citizens. Thanks to the provisions contained in articles 22 et seq. of l. 10 agosto 1990, n. 241, as amended by l. 11 febbraio 2005, n. 15 a substantial rewriting of Chapter V is carried out also in order to identify a point of balance between the antagonistic values of access to administrative documents and protection of privacy. This is an issue widely debated by scholarship that has returned to engage the jurisprudence with specific regard to the right balance between defensive access and tax information. Due to the ability of these data to make evident the patrimonial condition, and consequently personal, of their owners, the Plenary Assembly of Consiglio di Stato was repeatedly called to pronounce on the subject in order to make clear and unequivocal the rules relating to the knowability of tax information.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Premessa.*

Il principio di trasparenza[1] della pubblica amministrazione rappresenta un traguardo consolidato del nostro ordinamento pur avendo origini relativamente recenti e confini non pienamente definiti. Nonostante le evocazioni turatiane dell'amministrazione come casa di vetro, la sua prima sistematica affermazione si deve all'introduzione della disciplina in tema di accesso ai documenti amministrativi contenuta nella l. 7 agosto 1990, n. 241 che ha portato i principi di pubblicità e trasparenza oltre gli angusti limiti delle discipline di settore. Con le previsioni contenute negli artt. 22 e seguenti si rompe con la tradizione del segreto amministrativo[2], che aveva rappresentato la regola fino a quel momento, per onorare un nuovo valore nelle relazioni con le pubbliche amministrazioni costituito dalla trasparenza. La l. 11 febbraio 2005, n. 15, modificando profondamente la disciplina del procedimento amministrativo, ha operato una sostanziale riscrittura del Capo V. Tra le innovazioni introdotte vi è la qualificazione del diritto di accesso ai documenti amministrativi quale principio generale dell'attività amministrativa in ragione delle sue rilevanti finalità di pubblico interesse. La norma stabilisce in particolare che l'accesso concorrendo a favorire la partecipazione e ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza, debba essere ricondotto all'alveo dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m). Il diritto di accesso, d'altronde, è espressamente tutelato a livello sovranazionale in base all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, nel prevedere il diritto ad una buona amministrazione, espressamente sancisce "il diritto di ogni persona ad accedere al fascicolo che la riguarda"[3].

---

[1] La letteratura in tema di trasparenza dell'azione amministrativa è ormai sterminata. In termini generali e senza pretese di completezza si veda: F. Teresi, *Partecipazione e pubblicità nelle proposte di legge sull'azione amministrativa*, in *Riv. triv. dir. pubb.*, 1975, p. 519; R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 528; S. Agrifoglio, *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 46; Aa.Vv., *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in Atti del Convegno di Varenna, 21-23 settembre 1989, Milano, 1991; R. Chieppa, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, p. 613; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, p. 101; E. Cannada Bartoli, *A proposito della tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 725; F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa in studi in onore di R. Marrama*, Napoli, 2010, p. 3; B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione - Il commento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, p. 123 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in www.federalismi.it, 30 novembre 2016; 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 *Riv. trim. dir. pubb. com.*, 2016, p. 10, A. Barone, R. D'Agostino, *La trasparenza e il diritto di accesso, in AA.VV., Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Torino, 2017, p. 199 e ss.; A. Corrado, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018; S. FOA`, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in C. Bertolino, T. Cerrutti, M. Orofino, A. Poggi (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, II, Napoli, 2020, p. 497 ss.

[2] Sul segreto amministrativo, per tutti: G. Arena, *Il segreto amministrativo*, Padova, 1983.

[3] Il fondamento costituzionale del principio di trasparenza amministrativa, pur in assenza di un espresso richiamo, viene ricondotto a tre ambiti differenti: all'art. 97 Cost., quale condizione di garanzia delle libertà

ISSN 2036-7821

L'inveramento del principio di trasparenza non si realizza grazie al solo istituto dell'accesso documentale ma piuttosto costituisce un modo di essere dell'amministrazione, un risultato, alla cui realizzazione sono diretti istituti diversi e normative diverse. Le riforme legislative delle ultime tre decadi hanno affiancato alla disciplina relativa all'accesso documentale, nuove declinazioni della trasparenza. Con l'introduzione del Codice dell'amministrazione digitale ad opera della l. 7 marzo, 2005, n. 82, è emersa la nozione di trasparenza rispetto alla rete, assicurata dalla prescrizione dell'obbligo, per le pubbliche amministrazioni, di garantire l'uniformità all'originale delle informazioni presenti sul sito istituzionale (art. 54 del CAD).

Questa prospettiva è stata ripresa e sviluppata dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (attuativo della delega contenuta nella l., 4 marzo 2009, n. 15) che, stabilendo i contenuti obbligatori dei siti istituzionali, rappresenta la prima concretizzazione del principio di *Open Government*. La trasparenza nell'organizzazione amministrativa, fulcro della normativa anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190), è divenuta strumento essenziale per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di *maladministration*[4]. In attuazione dei principi di delega contenuti nella legge anticorruzione è stato emanato il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 che ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina dell'accesso civico, evolutasi ad opera del d.lgs. n. 97/2016 attuativo della delega contenuta nella l. n. 124/2015.

Grazie ai plurimi interventi richiamati, nel nostro ordinamento sono attualmente previste tre forme di accesso, sottoposte a discipline diverse tra loro. Si tratta dell'accesso documentale disciplinato nel Capo V della l. n. 241/1990, dell'accesso civico cosiddetto di prima generazione disciplinato dall'articolo 5 comma 1 del d.lgs.

individuali e dei diritti civili, politi e sociali. In base a questa ricostruzione la trasparenza, più che costituire un valore compiuto in sé o uno specifico istituto giuridico, esprimerebbe allo stesso tempo un obiettivo da realizzare e un risultato cui tendere, attraverso un modo di essere della Pubblica amministrazione che si invera in diversi istituti quali la motivazione degli atti, la partecipazione ai procedimenti e l'accesso; secondo una diversa ricostruzione la trasparenza assumerebbe rilievo costituzionale essenzialmente rispetto al diritto di difesa ex art. 24 Cost. e di effettività della tutela ex art. 113 Cost., quale condizione indefettibile per agire rispetto all'esercizio illegittimo del potere amministrativo; secondo una visione ancora diversa occorrerebbe riferirsi all'art. 21 Cost. e inquadrare costituzionalmente l'accesso nel paradigma del diritto di informazione. Queste diverse letture rappresentano, in realtà, le diverse facce di un principio che ha una valenza caleidoscopica che si ancora a tutte le norme richiamate. Il suo radicamento nel tessuto costituzionale è stato da ultimo ribadito nella sentenza della Corte costituzionale 21 febbraio 2019, n. 20.

[4] R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018, p. 96 ss.; C. Tubertini, *Unita` e autonomia nelle politiche per la trasparenza*, in G. Gardini, M. Magri (a cura di), *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 63 ss.; E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. amm.*, 3, 2019, p. 497, secondo il quale "la trasparenza trova proprio nel rapporto con l'anticorruzione un fattore di rafforzamento. Così, è nella misura dell'utilità ad un controllo diffuso che l'ordinamento ammette la previsione di obblighi di pubblicazione che incorporino dati personali. E, ancora, è ponendo sullo sfondo le esigenze di controllo diffuso (ma anche di partecipazione al dibattito pubblico) che nella lettura di una parte della giurisprudenza amministrativa diviene ammissibile l'esercizio del diritto di accesso generalizzato".

ISSN 2036-7821

n. 33/2013 e dell'accesso civico generalizzato, disciplinato nel comma 2 dell'art. 5, come modificato dal d.lgs. n. 97/2016 in attuazione della delega contenuta nella l. Madia 124/2015.

L'ispirazione di queste forme di accesso è profondamente diversa. Gli accessi civici rispondono alla vocazione della l. 6 novembre 2012, n. 190 e alla necessità di introdurre istituti volti a prevenire e contrastare i fenomeni collusivi e corruttivi[5]. L'obiettivo è la realizzazione del FOIA italiano quale diretto precipitato della legge anticorruzione, intervenuta, tardivamente, rispetto ad un vuoto normativo necessariamente da colmare. Per questa ragione il d.lgs. n. 33 del 2013 ha posto a carico delle amministrazioni i numerosi obblighi di pubblicazione, riguardanti informazioni sull'organizzazione ed il personale, oltre a quelle genericamente inerenti all'attività svolta (si pensi ai tempi di realizzazione delle opere) o alla gestione amministrativa (si pensi ai compensi corrisposti ai titolari di incarichi, ai curricula). Obblighi ridefiniti con il d.lgs. n. 97/2016 che li ha alleggeriti, introducendo, però, l'accesso civico generalizzato. Tale ultima forma di accesso, sempre al fine di operare forme diffuse di controllo rispetto al conseguimento delle funzioni istituzionali, all'impiego delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, consente a chiunque di avere accesso ai dati e ai documenti, detenuti dalle pubbliche amministrazioni, "ulteriori" rispetto a quelli oggetto di pubblicazione nel rispetto dei limiti che derivano dalla tutela di interessi giuridicamente rilevanti.

Con l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 si è aperto il dibattito circa l'esatta qualificazione dell'accesso ai documenti amministrativi in termini di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo. Discussione nuovamente alimentata dalla novella operata dalla l. 15/2005 che introduceva la rubrica all'art. 22 intitolata "diritto di accesso". La ricostruzione più risalente[6] qualifica l'accesso ai documenti amministrativi come un interesse legittimo ritenendo ininfluente il rilievo che esso sia espressamente qualificato dal legislatore come diritto. Questa tesi si fonda in maniera particolare sul tipo di tutela assicurata nell'ipotesi di diniego all'accesso che si realizza attraverso l'impugnazione di un provvedimento entro un termine

[5] Cfr. Consiglio di Stato, parere 24 febbraio 2016, n. 515, in cui si rileva come l'obiettivo della trasparenza, che costituisce una vera e propria precondizione "per ricostruire e rafforzare il rapporto di fiducia tra cittadini e poteri pubblici" si pone perfettamente in linea con il contrasto alla corruzione anche se non si esaurisce, naturalmente, in esso.

[6] Consiglio di Stato, Ad. Plen., 24 giugno 1999, n. 16 (reperibile in http://giustizia-amministrativa.it, come le altre pronunce delle Giustizia amministrativa citate nel presente contributo) che fonda la sua impostazione su tre assunti fondamentali: la designazione in senso generico e atecnico delle posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento che porta a considerare irrilevante la qualificazione come diritto dell'accesso ai documenti; la mancanza di un riferimento alla giurisdizione esclusiva per le controversie affidate al giudice amministrativo in termini generali; il rapporto con il necessario soddisfacimento dell'interesse pubblico che determinerebbe la natura autoritativa del diniego e la conseguente necessità di impugnarlo nel termine di decadenza.

ISSN 2036-7821

decadenziale. Una diversa impostazione considera, invece, il diritto di accesso come un diritto soggettivo muovendo dalla totale assenza di discrezionalità in capo all'amministrazione che deve limitarsi a realizzare un'attività di verifica dei presupposti individuati dalla legge e di assenza di elementi ostativi[7]. Rispetto a queste posizioni la giurisprudenza ha assunto approcci non univoci nel tempo. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[8], pur propendendo per la configurazione quale interesse legittimo, ha ritenuto che non fosse necessario prendere posizione rispetto alla natura della posizione giuridica del richiedente l'accesso in ragione del fatto che, in tale vicenda, emergono posizioni soggettive che non sono volte a realizzare utilità finali ma situazioni di natura procedimentale che hanno carattere strumentale rispetto ad un interesse giuridico da tutelare. Per quanto riguarda la giurisprudenza più recente, mentre non vi è dubbio sulla qualificazione come diritto soggettivo dell'accesso civico, semplice e generalizzato, come si evince dalla chiara presa di posizione operata dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2020 in cui si ricostruiscono i fondamenti costituzionali ed eurounionali dell'istituto[9], non si riscontra un approccio così esplicito in merito alla qualificazione della natura giuridica dell'accesso documentale. Secondo alcuni sarebbe necessario realizzare una semplificazione e una sostanziale *reductio ad unitatem* in merito all'inquadramento dell'istituto dell'accesso poiché, se è vero che in relazione al suo esercizio possono sussistere differenze di disciplina, quanto ai presupposti per richiedere l'ostensione e i limiti che questa può incontrare, questo tuttavia non dovrebbe comportare un riflesso circa la qualificazione della sua natura giuridica[10].

---

[7] In questo senso si veda Consiglio di Stato, Sez. cons. atti norm., 13 febbraio 2006, n. 3586 (parere sul regolamento sulle modalità di esercizio del diritto di accesso a seguito delle modifiche apportate alla l. n. 241 dalla l. n. 15/2005 e d.P.R. n. 184/2006). Nel suddetto parere il Consiglio di Stato ha riconosciuto inequivocamente la ricostruibilità dell'accesso alla situazione di diritto soggettivo, sia in ragione della sua qualificazione normativa, sia alla luce della sua disciplina che denota l'assoluta mancanza di discrezionalità in capo all'amministrazione cui è richiesto l'accesso, la non necessaria riconducibilità ad uno specifico procedimento e la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In questo senso sia consentito rinviare alle considerazioni espresse all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 15/2005 in L. Lamberti, *Art. 22 l. 10 agosto 1990, n. 241*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, p. 685 ss.

[8] Consiglio di Stato, Ad. Plen., 18 aprile 2006, n.6 e 20 aprile 2006, n.7 in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 7, p. 766 e in *Urb. app.*, 9, 2006, con nota di C. Mucio, *La Plenaria (non) si pronuncia sul diritto di accesso*, p. 1077 e ss.

[9] Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10 commentata da numerosi autori tra cui: F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti pubblici nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, 3, 2020, p. 203 ss.; L. Iannotta, *I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato: la riqualificazione dell'istanza di accesso in corso di giudizio*, in *Foro amm.*, 7-8, 2020, p. 1374 ss.; A. Moliterni, *Pluralita` di accessi, finalita` della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 4, 2020, p. 505 ss.; F. Manganaro, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi*, in *http://federalismi.it*, *focus Osservatorio trasparenza*, 11 agosto 2021, p. 159 ss.; A. Berti, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi*, pubblicato il 14 aprile 2020 in *Giustizia amministrativa*; V. Mirra, *Diritto d'accesso e attivita` contrattuale della pubblica amministrazione: la Plenaria risolve ogni dubbio?*, in *Urb. app.*, p. 5, 2020, 680 ss.

[10] In questo senso R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2022, p. 768.

ISSN 2036-7821

2. Il principio di trasparenza, le informazioni tributarie e la disciplina dell'accesso difensivo

L'affermazione del principio di trasparenza nel settore tributario ha conosciuto un *iter* più lento e travagliato che non ha ancora conquistato gli approdi raggiunti nell'ambito del diritto amministrativo generale. Lo Statuto dei diritti del contribuente, introdotto con la l. 27 luglio 2000, n. 212, ha previsto il dovere di informazione del contribuente, da parte dell'amministrazione finanziaria. Dovere che si declina, in base all'art. 5, nel far conoscere le disposizioni legislative e amministrative vigenti, assumendo le iniziative di informazione elettronica che permettano aggiornamenti gratuiti e in tempo reale anche in ordine alle circolari e ad ogni atto relativo all'organizzazione, alle funzioni e ai procedimenti. In base all'art. 6 il dovere di informazione si concretizza nell'assicurare l'effettiva conoscenza, da parte del contribuente, degli atti a lui destinati con la specifica previsione delle modalità per garantire questo risultato[11].
Ciononostante, i progressi compiuti in tema di accessibilità ai documenti e alle informazioni amministrative, nelle diverse declinazioni sopra illustrate, risultano ancora lontani a causa dell'esclusione prevista dall'art. 13 della l. n. 241/1990, relativa all'ambito di operatività degli istituti di partecipazione procedimentale rispetto ai procedimenti tributari, e dall'art. 24, comma 1 lett. b) della l. n. 241/1990[12] espressamente richiamato anche dall'art. 5 bis del d.lgs. n. 33/2013. In ordine ai procedimenti tributari, infatti, il diritto di accesso e la trasparenza non costituiscono principi incomprimibili dovendo al contrario essere contemperati con altri interessi spesso considerati prevalenti, primo tra tutti, l'interesse alla conclusione del procedimento che porta alla riscossione[13]. Per questa ragione è consolidato il formante giurisprudenziale che esclude il diritto di accesso ai documenti tributari per assicurare la necessaria riservatezza all'amministrazione finanziaria nella fase

[11] M. Pierro, *I doveri di informazione dell'amministrazione finanziaria e la 'nuova' trasparenza amministrativa tra diritto e principio di buona amministrazione*, in M. Pierro (a cura di), *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019, p. 55, rileva come tali previsioni nel contesto dello statuto del contribuente abbiano conferito loro il valore di principi generali dell'ordinamento tributario con la conseguenza che essi non solo orientano l'operatore giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa ma trovano espressione in diritti obblighi che vincolano le parti del rapporto tributario. In questo modo trovano attuazione le esigenze di trasparenza, espressione del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa nonché del principio di buona fede e affidamento, previste dall'articolo 10 dello statuto che ne costituisce la concretizzazione.

[12] E' stato ripetutamente segnalato in dottrina che il rinvio alle "particolari norme che li regolano" si riferisce in realtà ad una normativa inesistente quanto alle fonti primarie e secondarie. Evidenzia sul punto A, Funari, *L'accesso ai documenti tributari: storia di un diritto negato*, *in Rass. trib*., 1, 2021, p. 99 che "la circostanza che non vi sia una fonte primaria o secondaria che regoli in maniera organica e omogenea l'accesso agli atti tributari di tutte le Amministrazioni finanziarie costituisce un grave vulnus al catalogo dei diritti, aventi copertura costituzionale, che contribuente vanta a fronte all'esercizio della funzione pubblica"

[13] Sul punto cfr., tra gli altri, da ultimo M. Logozzo, *Il diritto ad una buona amministrazione e l'accesso agli atti nel procedimento tributario,* in M. Pierro (a cura di), *Il diritto ad una buona amministrazione…*, cit., p. 171.

ISSN 2036-7821

istruttoria diretta all'accertamento[14], conclusa la quale, le ragioni di esclusione dell'ostensione si considerano superate in ossequio ad una lettura dell'intera disciplina coerente con i principi generali di trasparenza e accessibilità nazionali e sovranazionali. Fin dall'entrata in vigore della disciplina richiamata si è sviluppato un acceso dibattito dottrinario sul tema, nell'ambito del quale numerose voci invocavano una lettura costituzionalmente orientata delle suddette limitazioni, acuite a seguito della riforma apportata dalla l. n. 15/2005[15], che risultano particolarmente limitative delle possibilità di contraddittorio procedimentale per il contribuente[16].

Rispetto alla normativa sopra illustrata, la previsione dell'art. 24 comma 7 della l. n. 241/1990, recante la disciplina dell'accesso difensivo, si connota per la specifica complessità che pone rispetto al bilanciamento dei contrapposti interessi del diritto di difesa e di tutela della privacy. La norma, infatti, si pone come eccezione alle disposizioni relative alle cause di esclusione dell'accesso di cui alla lett. d) dell'art. 24 relative alle ipotesi in cui "i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono". La disciplina, differenziandosi da quella del generale accesso a fini conoscitivi o partecipativi (recessivo nelle ipotesi predette) prevede un aggravamento dell'onere probatorio per riconoscere la prevalenza dell'interesse all'accesso. Aggravamento che consiste nell'esigenza di dimostrare che la conoscenza del documento richiesto sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

Muovendo da una tendenziale prevalenza delle esigenze di tutela cui è preposto l'accesso difensivo rispetto al valore della privacy, la tutela dei dati riservati si

[14] *Ex multis* cfr. Consiglio di Stato, IV, 3 dicembre 2018, n. 6825 che ribadisce: che "l'inaccessibilità agli atti in questione è temporalmente limitata alla fase di pendenza del procedimento tributario, non rilevandosi -al contrario- esigenze di segretezza nella fase che segue la conclusione del procedimento con l'adozione del provvedimento definitivo di accertamento e che è deputata alla tutela in giudizio delle proprie situazioni giuridiche soggettive, ritenute lese dal provvedimento impositivo".

[15] Hanno avanzato dubbi sulla legittimità costituzionale della normativa L. Ferlazzo, Natoli, F. Martines, *La Legge n. 15/2005 nega l'accesso agli atti del procedimento tributario. In claris non fit interpretatio?*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 1490. Per una completa ricostruzione dell'evoluzione della disciplina e del relativo dibattito dottrinario cfr. A, Funari, *L'accesso ai documenti tributari*, cit., p. 58 e ss.

[16] L. Salvini, *La partecipazione del privato nell'accertamento (nelle imposte sui redditi e nell'IVA)*, Padova, 1990 in specie p. 324 e ss. nonchè A. Di Pietro, *Il contribuente nell'accertamento delle imposte sui redditi: dalla collaborazione al contraddittorio*, in V. Uckmar (a cura di), *L'evoluzione dell'ordinamento tributari*, Padova, 2000, p. 352; M. Basilavecchia, *Per l'effettivita`del contraddittorio*, in *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2369; Id., *Contraddittorio preventivo e accesso al fascicolo*, in *Corr. trib.*, 8- 9, 2020, p. 737; L. Salvini, *La cooperazione del contribuente e il contraddittorio nell'accertamento*, in *Corr. trib.*, 44, 2009, p. 3569; A. Marcheselli, *Il contraddittorio va sempre applicato ma la sua omissione non puo`eccepirsi in modo pretestuoso*, in *Corr. trib.*, 33, 2014, p. 2536; R. Lupi, *Il timore di vanificazioni formalistiche delle ragioni del Fisco*, in *Dial. trib.*, 4, 2015, p. 383.

ISSN 2036-7821

realizza in maniera diversa a seconda che si tratti di dati personali (comuni), sensibili ovvero super sensibili.
Nel primo caso la disciplina, per considerare recessiva la garanzia di privacy, richiede che la loro conoscenza sia "necessaria" per la tutela di interessi giuridicamente rilevanti. Mentre, rispetto ai dati sensibili (che in base agli artt. 9 e 10 del Regolamento n. 2016/679/UE sono i dati in grado di rivelare l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le opinioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, o idonei a identificare una persona, o a far conoscere le condanne penali, i reati o le connesse misure di sicurezza) la conoscenza deve essere "strettamente indispensabile". Infine, in relazione ai dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale delle persone, l'accessibilità (e quindi la conoscenza) è ammessa solo ove la posizione giuridica da tutelare abbia un rilievo di rango pari ad essi oppure si riferisca ad un diritto della personalità o ad altro diritto inviolabile o libertà fondamentale come previsto dall'art. 60 del d. lgs. n. 196 del 2003. Al ricorrere di queste circostanze l'amministrazione dovrà realizzare una valutazione volta ad individuare il corretto bilanciamento tra tali opposti valori in coerenza con i criteri normativamente disciplinati. La complessità appena descritta è acuita nell'ipotesi che oggetto dell'accesso siano le informazioni tributarie a causa della capacità dei dati gestiti dall'anagrafe tributaria di rendere chiara la situazione patrimoniale, e quindi personale, dei loro titolari[17].

3. Le recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria in tema di accesso alle informazioni detenute dall'amministrazione finanziaria

La questione è stata ripetutamente sottoposta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria che, negli ultimi due anni si è occupata, in tre differenti pronunce, del rispetto dei principi di trasparenza ed accesso con riguardo all'amministrazione finanziaria. il Supremo Consesso ha risolto in senso favorevole alla più ampia nozione di trasparenza i quesiti sottoposti dalle sezioni remittenti in relazione alla stessa accessibilità dei dati tributari, al tipo di valutazione che l'amministrazione è chiamata a svolgere nell'ipotesi di una richiesta di accesso difensivo avente ad oggetto informazioni tributarie e, da ultimo, agli obblighi di conservazione delle cartelle di pagamento che gravano in capo ai concessionari anche nell'ipotesi in cui questi si siano avvalsi delle modalità semplificate di diretta notificazione a mezzo raccomandata postale.
Nello specifico, con le sentenze 11 settembre 2020, n. 19, 20 e 21 sono stati pronunciati importanti principi di diritto circa la necessità di ricondurre "le dichiarazioni, le

[17] Sul complesso rapporto tra tutela della privacy e informazioni tributarie si veda A. Contrino, *Banche dati tributarie, scambio di informazioni tra autorità fiscali e "protezione dei dati personali": quali diritti e tutele per i contribuenti?* in *Riv. dir. trib.*, 29 maggio 2019.

ISSN 2036-7821

comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti (d)agli uffici dell'amministrazione finanziaria, contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari" alla categoria di documento amministrativo ai fini "dell'accesso documentale difensivo che può essere esercitato, mediante l'estrazione di copia, a prescindere dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile in base agli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.". Con l'ulteriore precisazione che "L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori di cui agli artt. 155-sexies disp. att. cod. proc. civ. e 492-bis cod. proc. civ., nonché, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia"[18]. Nella pronuncia in parola la Plenaria ha richiamato l'esigenza che l'interesse alla conoscenza dei dati venga apprezzata alla luce della necessità, della corrispondenza e del collegamento tra il documento del quale si chiede l'ostensione e la situazione che si vuole proteggere, stabilendo, in ragione della strumentalità dell'acceso difensivo, che la necessità del documento vada verificata tramite un giudizio prognostico diretto a stabilire se esso sia lo strumento per acquisire la prova. Pur avendo chiarito questo elemento, la pronuncia del 2020 non si è soffermata specificamente sulla valutazione che l'amministrazione, ed eventualmente il giudice amministrativo ex art. 116 CPA, debba compiere.

Tuttavia, con la decisione 18 marzo 2021, n. 4, in ragione della necessità che le regole relative alla conoscibilità delle informazioni tributarie siano chiare e inequivoche la Plenaria si è nuovamente pronunciata affrontando il diverso profilo del tipo di giudizio che deve operare l'amministrazione destinataria di una richiesta di accesso difensivo, ed in particolare sulla necessità che essa verifichi la "mera attinenza" tra i documenti di cui si richiede l'accesso e il diritto o interesse legittimo che si intende tutelare oppure il loro "stretto collegamento". La ricostruzione della vicenda che ha portato alla pronuncia rende chiara l'importanza della questione posta dalla Sezione remittente che, riscontrando un contrasto interpretativo sul punto, ha richiesto l'intervento nomofilattico ex art. 99 CPA.

[18] Per lo specifico approfondimento di questa pronuncia cfr. L. Costanzo, *L'accesso all'anagrafe tributaria: istruzioni per l'uso tra principi generali e strategie processuali,* in *Riv. dir. trib.*, 18 gennaio 2021 il quale rileva come "il riconoscimento del diritto di accesso del contribuente con riferimento ai rapporti di tipo orizzontale, ancorché non attenga del tutto alla più consueta declinazione dell'interrelazione fiscale, di norma configurata all'interno del binomio logico di tutela del privato dall'azione pubblica, configuri nondimeno un sensibile ampliamento del campo applicativo del principio di trasparenza in materia tributaria, frutto della proficua opera di *cross fertilization* dei principi generali anche a livello intersettoriale operata dalla giurisprudenza".

ISSN 2036-7821

La controversia origina nell'ambito di un rapporto locativo in ragione del quale il conduttore, lamentando di non essere stato messo in condizione di esercitare il suo diritto di prelazione sull'immobile locato, sede storica della sua attività commerciale, perché fittiziamente oggetto di una cessione di azioni, ha promosso un giudizio civile per vedere riconosciuto il suo diritto di prelazione. Per sostenere la propria posizione, il conduttore ha richiesto: "a) l'accesso agli atti notarili con i quali sarebbero state cedute le azioni, chiedendo inoltre l'ostensione degli assegni e dei movimenti bancari, in questo caso specificamente indicati, con i quali è stato eseguito il pagamento delle quote; b) l'accesso al quadro pertinente della dichiarazione dei redditi del cedente le quote, in cui questi avrebbe dovuto dichiarare il reddito corrispondente; c) l'accesso al documento, modello F24 o altro, da cui risulta il pagamento della corrispondente imposta sostitutiva dovuta sulla cessione" dei soggetti autori della vendita simulata. Il diniego di ostensione opposto dall'Agenzia delle entrate (fondato sul profilo di particolare riservatezza delle informazioni richieste, sulla mancata dimostrazione del vincolo di indispensabilità rispetto al processo civile pendente e sull'esistenza di strumenti istruttori, nell'ambito del medesimo processo in corso, in grado di assicurare le predette informazioni) è stato impugnato dal richiedente l'accesso e annullato dal TAR che ha accolto il ricorso ritenendo che l'amministrazione debba limitarsi a verificare che i documenti dei quali si richiede l'accesso siano "attinenti" all'interesse che si vuole tutelare e non debba spingersi a verificare la loro effettiva utilità a tali fini. La III Sezione del Consiglio di Stato, chiamata a decidere l'appello proposto avverso la menzionata sentenza, ha ricordato i principi di diritto affermati dall'Adunanza Plenaria 19/2020 in merito alla riconducibilità dei dati dell'anagrafe tributaria alla categoria dei documenti amministrativi e alla loro accessibilità in maniera indipendente rispetto alla previsione di poteri processuali di esibizione istruttoria ex artt. 210, 211 e 213 c.p.c. Quanto ai poteri di valutazione dell'amministrazione rispetto alla richiesta di accesso, la Sezione, rilevato il mancato approfondimento del tema nella precedente pronuncia dell'Adunanza Plenaria e la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, ha chiesto un nuovo intervento nomofilattico.

Sull'intensità del vaglio che deve essere operato dall'amministrazione si registrano, infatti, due opposte ricostruzioni giurisprudenziali. La prima considera necessaria solo una valutazione di attinenza dei documenti di cui si chiede l'ostensione rispetto al giudizio in corso, sulla base dell'assenza, nella l. n. 241/1990, di un riferimento relativo alla valutazione della materiale utilità della documentazione richiesta. Questa tesi nega che possa essere realizzato un apprezzamento in ordine alla fondatezza della pretesa fatta valere o alla linea difensiva adottata, ritenendo che l'accesso ai documenti non possa essere escluso in ragione della pendenza di un giudizio civile in cui sia possibile la disposizione di un ordine istruttorio ex art. 210

ISSN 2036-7821

c.p.c. o una richiesta di informazioni ex art. 213 c.p.c., in ragione dell'autonomia del diritto di accesso ex art. 22 e ss. rispetto alla posizione soggettiva per la cui tutela si agisce. L'altra ricostruzione considera, invece, necessario un controllo molto rigoroso tra documentazione e processo che si sia istaurato o si intenda istaurare, con l'onere per il richiedente l'accesso di dimostrare il necessario collegamento tra i due in ragione della complementarietà e non alternatività tra lo strumento dell'accesso ai documenti e quello dell'acquisizione probatoria in sede processuale, cosa che comporta una sostanziale corrispondenza nel tipo di verifica operato dall'amministrazione e dal giudice[19].

L'Adunanza plenaria, muovendo dal dato già riconosciuto che la riservatezza dei dati economici e finanziari riceve una tutela meno intensa rispetto a quella assicurata ai dati sensibili e super sensibili, ritenendosi prevalente l'interesse difensivo rispetto alla tutela della privacy, condivide l'approccio della Sezione remittente che invoca un rapporto particolarmente stretto tra gli atti di cui si richiede l'accesso e le difese da realizzare nel giudizio in corso o da proporre. Il Supremo consesso si riferisce, infatti ad una verifica rigorosa in ordine al nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa senza, tuttavia, che l'amministrazione possa spingersi a valutare il peso né tantomeno la valenza decisiva del documento di cui si chiede l'ostensione rispetto alla controversia giudiziale, ambito questo, riservato alla valutazione del giudice chiamato a deciderla. Diversamente si porrebbero limiti e preclusioni all'applicazione della disciplina dell'accesso difensivo che sono ad essa del tutto estranei ed ultronei rispetto ai ben definiti parametri in essa identificati per operare il bilanciamento tra diritto di difesa e tutela della privacy.

Unica eccezione a questa impostazione viene riconosciuta nella circostanza che, nella motivazione della richiesta di accesso, si faccia riferimento ad un particolare giudizio e in quel contesto il giudice abbia già deciso in ordine all'ammissibilità o alla rilevanza del documento richiesto. In questo caso, tale aspetto dovrà essere considerato e posto a fondamento della decisione procedimentale o giurisdizionale sull'accesso ma sempre esclusivamente per valutare la sussistenza di un'esigenza di conoscenza per ragioni di difesa e non, naturalmente, "per sostituirsi ex ante al

[19] Sul punto si veda in particolare Consiglio di Stato, VI, 15 marzo 2013 n. 1568, per la quale nel caso in cui non vi sia una connessione evidente tra diritto di accesso ed efficace esercizio del diritto di difesa, colui che richiede l'accesso dovrà dimostrare l'esistenza di una specifica connessione tra gli atti richiesti e la difesa che si intende svolgere "e ciò anche ricorrendo all'allegazione di elementi induttivi, ma testualmente espressi, univocamente connessi alla conoscenza necessaria alla linea difensiva e logicamente intellegibili in termini di consequenzialità rispetto alle deduzioni difensive potenzialmente esplicabili; altrimenti opinando il diritto di difesa diventerebbe una generica formula di unilaterale prospettazione di prevalenza delle esigenze ostensive su ogni altro interesse contrapposto, pur espressamente contemplato dalle disposizioni normative di rango primario e regolamentare come limite legale all'accesso".

ISSN 2036-7821

giudice competente nella inammissibile e impossibile prognosi circa la fondatezza di una particolare tesi difensiva, alla quale la richiesta di accesso sia preordinata".

4. I concessionari della riscossione e gli obblighi di conservazione e ostensione delle cartelle di pagamento

Da ultimo, con la sentenza 14 marzo 2022, n. 4 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato nuovamente il tema dell'accesso ai documenti detenuti dall'amministrazione finanziaria con specifico riguardo agli obblighi di conservazione sussistenti in capo ai concessionari della riscossione in ordine alle copie delle cartelle esattoriali. La pronuncia in parola origina dalla mancata ostensione delle cartelle di pagamento da parte dei concessionari che, essendosi avvalsi delle modalità semplificate di diretta notificazione delle cartelle tramite raccomandata postale, hanno provveduto esclusivamente all'ostensione della documentazione relativa alla notificazione sulla base del presupposto che le cartelle stesse fossero estinte. La IV Sezione del Consiglio di Stato, rilevato il sussistente contrasto giurisprudenziale sul punto, ha posto all'Adunanza due quesiti riguardanti: la possibilità di considerare i concessionari esonerati dall'obbligo di conservazione della copia della cartella di pagamento e la possibilità che la cartella stessa sia surrogata, ai fini dell'accesso, dall'estratto di ruolo[20].

Nell'affrontare il tema, l'organo nomofilattico del Consiglio di Stato, dopo aver ribadito la riconducibilità della cartella di pagamento alla categoria dei documenti amministrativi accessibili ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241/90 e negato la possibilità di considerarla inclusa nel novero dei procedimenti tributari per i quali opera l'esclusione di cui all'art. 24[21], si sofferma ad analizzare la natura giuridica della cartella di pagamento[22] per chiarire i presupposti giuridici sui quali fondano i

[20] Il quesito origina dalla circostanza che, rispetto alle diciotto cartelle di cui si chiedeva l'ostensione, solo una non risultava estinta e per essa il concessionario ha prodotto esclusivamente l'estratto di ruolo.

[21] Ciò in base alla considerazione che la cartella costituisce il primo atto dell'esecuzione esattoriale presupponendo la conclusione del procedimento tributario. In proposito la Plenaria puntualizza, inoltre, quanto già sottolineato nel paragrafo 2 (specificamente nota 12) circa la portata dell'esclusione all'accessibilità degli atti dei procedimenti tributari che non opera a priori ma deve essere realizzata in base alle particolari norme che la regolano.

[22] Natura giuridica, a lungo dibattuta, che oggi viene unanimemente ricondotta alla categoria degli atti di natura amministrativa anche alla luce della natura giuridica di ente pubblico dell'agenzia delle entrate riscossione. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha ormai definitivamente chiarito come la cartella di pagamento debba essere necessariamente motivata in modo chiaro e facilmente comprensibile sia ai sensi dell'articolo 3 l. n. 241/1990, sia ai sensi dell'articolo 7 l. n. 212/2000 cd. Statuto del Contribuente (Cfr. Cassazione, 11 febbraio 2005, n. 2819 secondo cui l'ente impositore ha l'obbligo di indicare, seppure sinteticamente, le ragioni dell'iscrizione nel ruolo dell'importo dovuto, così da poter consentire al contribuente di esercitare appieno il proprio diritto di difesa). Tale evoluzione garantista si basa, conseguentemente, sulla riconduzione della cartella di pagamento alla categoria degli atti amministrativi e, più in generale, sull'assimilazione degli atti impositivi a quelli amministrativi. Ne consegue che anche l'attività dell'agente della riscossione venga realizzata nel rispetto dei principi della l. n. 241/1990 e dello Statuto del contribuente (Cfr. Cassazione, Sentenza 19 aprile 2017, n. 9799 secondo cui la funzione che esercita l'Agenzia delle Entrate Riscossione è quella tipica dell'amministrazione

ISSN 2036-7821

principi di diritto espressi. Oltre alla fondamentale funzione di rendere il contribuente informato, attraverso la notifica del titolo esecutivo costituito dal ruolo[23] su cui si fonda l'esecuzione esattoriale, la cartella incorpora il contenuto del "precetto" (tipico dell'esecuzione civile), e tutte le altre informazioni che possano servire al contribuente, potendo, in alcune specifiche ipotesi tassativamente previste, rivestire funzione impositiva in senso sostanziale assimilabile ad un atto di accertamento. La cartella, quindi, si esteriorizza come un atto complesso atteso che contiene il ruolo vero e proprio. Esso costituisce l'atto fondamentale in base al quale è possibile realizzare la riscossione coattiva[24], anche attraverso procedure espropriative, del tributo non spontaneamente adempiuto dal contribuente.
In sostanza, il ruolo, inteso come atto meramente strumentale del procedimento, svolge la funzione esclusiva di avviare l'ulteriore attività di riscossione, ponendosi tra l'accertamento e la riscossione vera e propria, fornendo all'agente della riscossione i dati essenziali per il corretto svolgimento dell'azione di riscossione quali l'identificativo del debitore, l'ammontare del credito principale ed accessorio, ecc. Stando così le cose, il ruolo non è destinato a produrre effetti nella sfera giuridica del contribuente ma rappresenta l'attuazione concreta del rapporto organizzativo tra l'ente impositore e l'agente della riscossione, quantomeno sino alla notifica della cartella di pagamento, che contiene appunto, il ruolo. Infatti, come anticipato, la notificazione della cartella vale anche come notificazione del ruolo così come previsto dall'articolo 21 D.Lgs n. 546/1992. Questa iscrizione fonda, validamente, il titolo per

finanziaria e tale natura amministrativa caratterizza tutti gli atti emessi nell'esercizio della propria attività primo fra tutti la cartella di pagamento).

[23] Art. 21 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

[24] Cfr. G. Boletto, *Il ruolo di riscossione nella dinamica del prelievo delle entrate pubbliche*, Milano, 2010 in particolare p. 89 e ss.; Carinci, *La riscossione a mezzo ruolo nell'attuazione del tributo*, Pisa, 2008 in particolare 159 e ss.; M. Basilavecchia, *Il ruolo e la cartella di pagamento: profili evolutivi della riscossione dei tributi*, in Comelli, C. Glendi (a cura di), *La Riscossione dei tributi*, Padova, 2010, p. 45. La riscossione a mezzo ruolo è stata profondamente riformata dal d.lgs. n. 46/1999, che ha riscritto gli artt. 10, 11, 12, 12-bis, 14, 15, 15-bis del d.p.r. n. 602/1973. Mentre l'art. 10 reca la disciplina del ruolo quale elenco dei debitori e delle somme da essi dovute, realizzato dall'Ufficio affinché i concessionari possano procedere alla riscossione coattiva, l'art. 12 disciplina le modalità di formazione dei ruoli e il loro contenuto, stabilendo che l'Ufficio competente provvede a formare ruoli distinti, in relazione ai diversi ambiti territoriali in cui i concessionari operano, oltre alla necessità che ciascun ruolo contenga tutte le somme dovute dai contribuenti fiscalmente domiciliati nei Comuni compresi nei diversi ambiti territoriali. Il ruolo, in particolare, deve indicare oltre al codice fiscale del contribuente, la specie del ruolo, e la data a partire dalla quale esso diviene esecutivo, nonché gli estremi dell'eventuale atto di accertamento o la sua motivazione. In ordine al difetto di motivazione della cartella esattoriale, che rinvii ad altro atto quale presupposto dell'imposizione senza che siano indicati i relativi estremi di notificazione o di pubblicazione cfr. Cassazione 14 maggio 2010, n. 11722 secondo la quale non si può giungere alla dichiarazione di nullità, allorché la cartella sia stata impugnata dal contribuente il quale abbia così dimostrato di avere piena conoscenza dei presupposti dell'imposizione, per averli puntualmente contestati, ma abbia omesso di allegare e specificamente provare quale sia stato in concreto il pregiudizio che il vizio dell'atto abbia determinato al suo diritto di difesa. Sul punto anche Cassazione 16 dicembre 2009, n. 26330; Cassazione 14 maggio 2010, n. 11722; Cassazione 24 novembre 2017 n. 28076.

ISSN 2036-7821

la riscossione del tributo, rappresentando la cartella proprio il mezzo attraverso il quale il debitore d'imposta viene a conoscenza della pretesa esattoriale.
Proprio tale funzione composita alla quale assolve la cartella dispiega un corrispondente riflesso in ordine alla sua natura giuridica, tanto che, come evidenziato dalle Sezioni Unite della Cassazione[25], richiamate in motivazione, "la notifica della cartella assolve *uno actu* le funzioni che nella espropriazione forzata codicistica sono svolte dalla notificazione del titolo esecutivo ex art. 479 c.p.c. e dalla notificazione del precetto" costituendo "l'emersione documentale di uno snodo indefettibile dell'esecuzione esattoriale"[26]. Essa rappresenta il primo atto di una precisa sequenza di provvedimenti riscossivi. Attraverso la sua produzione l'agente della riscossione manifesta, rispetto al contribuente che non ha adempiuto, la propria funzione esattoriale. Alla luce di questa premessa, l'Adunanza Plenaria muove a considerare le specifiche disposizioni che disciplinano l'accesso alla cartella di pagamento di cui all'art. 26, quinto comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 e che individuano chiaramente, quale amministrazione tenuta alla conservazione del documento, il Concessionario; definiscono, poi, i profili temporali degli obblighi di conservazione ed individuano i soggetti titolari del diritto d'accesso nel contribuente e nell'amministrazione, che costituiscono, quindi, le parti del rapporto tributario[27]. Le stesse disposizioni pongono, tuttavia, un'alternativa in ordine alle modalità di conservazione del documento, tra la matrice e la copia poiché, avendo conservato la formulazione originale della norma (relativa alle modalità di produzione della cartella connesse al ruolo cartaceo) la matrice costituiva l'atto originale dalla cui compilazione la cartella originava.
Evidentemente, grazie al processo di dematerializzazione e digitalizzazione, questa alternativa risulta superata dal fatto che oggi la cartella origina dalla stampa del ruolo informatico, non avendo più attualità la prima opzione. La Plenaria rileva che la disciplina del sistema informatico consente di stampare un unico originale per evitare errori o azioni dolose. Cosa che, tuttavia, non impedisce la realizzazione,

[25] Cassazione, sez.un., 14 aprile 2020, n. 7822.

[26] Punto 5.3 della motivazione in cui si rileva come questo sia ulteriormente dimostrato dal fatto che nell'ipotesi in cui il legislatore ha considerato superflua l'emissione della cartella lo abbia espressamente disposto "conferendo all'atto impositivo (nella specie gli avvisi di accertamento emessi dall'Agenzia delle Entrate ai fini delle imposte sui redditi, IVA e IRAP) efficacia esecutiva e di contestuale precetto (cfr. art. 29 del d.l. n. 78/2010).

[27] Lo specifico interesse del contribuente ad accedere agli atti propedeutici a procedure di riscossione è legislativamente riconosciuto attraverso la previsione di specifici obblighi che gravano in capo ai Concessionari. Si tratta di una disciplina speciale connotata da un maggior gradiente di definizione rispetto a quella generalmente prevista dagli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990. In tale ambito, infatti, è la legge che riconosce sussistente l'interesse all'esibizione, non dovendosi provvedere ad una valutazione da svolgersi caso per caso. Per questo motivo risulta del tutto ininfluente una valutazione operata dal concessionario circa la meritevolezza soggettiva della richiesta del contribuente, poiché l'obbligo di custodia discende dalla normativa stessa, in totale assenza di ambiti di valutazione in capo al concessionario. La disciplina richiamata considera, quindi, la copia della cartella di pagamento come uno strumento fondamentale utilizzabile dal contribuente per la sua tutela giurisdizionale in ordine alla quale i concessionari alla riscossione sono appunto privi di margini di valutazione.

ISSN 2036-7821

mediante una specifica azione informatica o umana (che anzi appare doverosa), di una copia conforme all'originale. Copia conforme che non può essere sostituita dalla semplice produzione dell'estratto di ruolo poiché questo assicurerebbe la stampa di dati in alcun modo equiparabili alla cartella di pagamento. Anche in questo caso, la Plenaria richiama l'orientamento consolidato della Cassazione che qualifica l'estratto di ruolo[28] come "l'atto del concessionario, relativo al singolo contribuente, che non contiene però alcuna pretesa impositiva, e non è specificamente previsto da alcuna disposizione di legge; si tratta di un elaborato informatico formato dal concessionario della riscossione, contenente gli elementi della cartella, e quindi anche gli elementi del ruolo afferenti a quella cartella, privo di pretesa impositiva"[29]. Si tratta quindi di un documento che non assume una posizione predefinita nella dinamica del procedimento di esecuzione esattoriale, ma che si connota esclusivamente per il suo valore di ricognizione degli elementi che compongono il ruolo rispetto alle singole posizioni. Questo porta la Plenaria a rilevare l'ontologica differenza che intercorre tra l'estratto di ruolo e la cartella di pagamento. Solo quest'ultima, infatti, costituisce "un atto fondamentale del procedimento di esecuzione esattoriale che dev'essere notificato al contribuente e conservato in copia a cura del Concessionario", mentre il primo rappresenta un'elaborazione informatica realizzata ai meri fini di conoscenza. Per questa ragione solo attraverso la produzione della cartella il concessionario potrà considerarsi adempiente rispetto agli obblighi di ostensione conseguenti ad una richiesta di accesso che, in nessun caso potrà considerarsi evasa attraverso il solo rilascio dell'estratto di ruolo.

La Plenaria rileva, infine, l'anomalia che deriva dalla circostanza per la quale il concessionario possa dichiararsi in condizione di adempiere ai suddetti obblighi solo nell'ipotesi in cui abbia provveduto a notificare, in base all'art. 26 del DPR 602/73, a mezzo ufficiale giudiziario o messo comunale o agenti della polizia municipale, oppure ex art. 26, comma 2, a mezzo PEC, sulla base del presupposto che solo in tali ipotesi è prevista la realizzazione della copia della cartella. Una facilitazione in ordine alla modalità di notifica non può tradursi in una condizione che comporta l'obliterazione dell'obbligo di generare e conservare una copia in formato cartaceo ovvero digitale. La ratio della decisione si conclude con il rilievo che l'art. 22 comma 6 della l. n. 241/90, riconduce il diritto di accesso non all'(eventuale) detenzione del documento ma al preciso obbligo della sua detenzione, per assolvere al quale i concessionari dovranno predisporre un sistema in grado di assicurare la sussistenza

[28] Anche in relazione all'estratto di ruolo sono intervenute numerose pronunce giurisprudenziali in ordine alla sua eventuale autonoma impugnabilità, con riguardo specifico all'interesse a ricorrere ex art. 100 c.p.c. Dell'estratto di ruolo si è inoltre il legislatore, con l'art. 3 bis d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, convertito in l. 17 dicembre 2021, n. 215, in cui è stata stabilita la sua inoppugnabilità salvo nelle ipotesi di specifica lesività, tassativamente previste.

[29] Da ultimo Cassazione, 11 febbraio 2022, n. 22798.

ISSN 2036-7821

di copie e la conseguente possibilità di adempiere. Sistema che grazie alle moderne tecnologie di riproduzione digitale appare veramente semplice da conseguire.

5. Considerazioni conclusive

Lo straordinario sviluppo tecnologico registrato nell'ultimo ventennio ha condizionato gli studi sull'amministrazione e le relative riforme nell'intento di realizzare quel rinnovamento delle strutture, dei processi e dei procedimenti che consenta all'amministrazione di tenere il passo con una società pienamente digitale. Dall'emanazione del CAD, la digitalizzazione amministrativa è divenuta obiettivo prioritario anche in ragione del fatto che l'uso delle ICT si pone come un acceleratore naturale rispetto alla realizzazione di una piena trasparenza. Nella stagione liquida della condivisione e interconnessione costanti la piena affermazione del principio di trasparenza amministrativa può conoscere ancora spazi di miglioramento come dimostra la lettura sistematica delle pronunce rese dal Consiglio di Stato, in sede nomofilattica, richiamate. Emerge, infatti, una chiara linea evolutiva nel settore tributario in ordine all'affermazione di una piena trasparenza che, per troppo tempo, è stata circoscritta o addirittura obliterata pur rappresentando, anche in tale ambito, un presidio fondamentale nella relazione collaborativa tra cittadini e amministrazione ma anche una garanzia irrinunciabile nel caso di esigenze di tutela. L'apertura verso maggiori spazi di accessibilità delle informazioni detenute dalle amministrazioni finanziarie costituisce un progresso significativo raggiunto grazie al contributo interpretativo del giudice amministrativo. Come illustrato, la pronuncia n. 4 del 2022 costituisce un approdo chiarificatore circa il ruolo svolto dalla cartella di pagamento nella dinamica informativa tra contribuente e amministrazione mentre le sentenze nn. 4 del 2021 e 19, 20 e 21 del 2020 riconoscono, nelle ipotesi di accesso difensivo e quindi limitato ai rapporti di tipo orizzontale, la piena accessibilità dei dati finanziari anche a scapito delle esigenze di privacy, e l'esclusione di limitazioni dell'accesso da parte dell'amministrazione fondate su valutazioni di pertinenza non consentite dalla normativa di riferimento. Si tratta di punti fermi importanti che risolvono, in favore delle visioni più avanzate rispetto all'affermazione della trasparenza, contrasti giurisprudenziali protratti da lungo tempo. Questa tendenza induce a ben sperare rispetto alle rigidità che da anni caratterizzano il settore tributario in ordine alle quali, grazie alle sollecitazioni dottrinarie, anche il cammino della giurisprudenza si indirizza verso approcci più coerenti con la moderna concezione di trasparenza amministrativa. Il significativo ampliamento del campo applicativo del principio di accessibilità degli atti in materia tributaria realizzato dall'Adunanza Plenaria contribuisce a ridurre la distanza che connota la trasparenza nei procedimenti accertativi fiscali rispetto alla disciplina generale amministrativa. La non accessibilità, connessa alle esigenze istruttorie e investigative, risulta, infatti,

ISSN 2036-7821

sempre più relegata ad un'eccezione che deve cedere il passo alla necessità di conoscenza.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'arbitrato sportivo e la funzione nomofilattica della Corte Arbitrale per lo Sport

di Fabio Zambardino

(Professore Associato in Diritto privato presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Introduzione: il diritto sportivo come ordinamento giuridico. – 2. Una breve rassegna comparatistica. – 3. Il funzionamento della Corte Arbitrale per lo Sport. – 3.1. La struttura della CAS. – 3.2. La legge applicabile. – 4. Il contributo della CAS alla creazione della lex sportiva. – 4.1. Sviluppo di principi giuridici comuni. – 4.2. L'interpretazione del diritto sportivo e l'influenza sull'attività normativa. – 4.3. Armonizzazione delle norme globali attraverso la procedura d'appello. – 5. I rapporti tra la CAS e le Autorità nazionali. – 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

Disputes are an inevitable part of any kind of relationship; sport domain is not an exception and arbitration play a key role, especially by means of the establishment of the Court of Arbitration for Sport (CAS), a specialized tribunal for resolving disputes as an alternative to State jurisdiction. This article, after describing the functions of the Court, aims to discuss the role of arbitration in dispute resolution in the world of sports through the analysis of some concrete cases.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione: il diritto sportivo come ordinamento giuridico.

Da sempre, lo sport ricopre particolare rilevanza all'interno della società. Con l'affermarsi di un ordinamento sportivo più strutturato, in tempi più recenti, è apparso il problema del suo del rapporto con quello statale, con particolare riferimento alla presunta autonomia del primo rispetto alla supremazia del secondo[1] e su questi aspetti dottrina e giurisprudenza si sono ampiamente confrontate[2].

[1] E. LUBRANO, *Ordinamento sportivo e giustizia statale*, in AA. VV., *Lo sport e il diritto*, Napoli, 2004, p. 1.

[2] In tale ottica, dottrina e giurisprudenza hanno riconosciuto la "primazia" dell'ordinamento sportivo soltanto «nei limiti in cui le questioni derivanti dallo svolgimento dell'attività sportiva avessero una rilevanza meramente interna […], ovvero nei limiti in cui provvedimenti emanati dagli organi dell'ordinamento sportivo non determinassero la lesione di posizioni giuridico-soggettive rilevanti anche per l'ordinamento statale, in quanto riconoscibili come diritti soggettivi o come interessi legittimi». E. LUBRANO, *op. cit.*, p. 9. In dottrina, si vedano, inoltre, R. FRASCAROLI, *Sport*, ENC. DIR., vol. XLIII, p. 528; A. QUARANTA, *Rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento giuridico statale*, RIV. DIR. SPORT., 1979, p. 41 ss; G. VIDIRI, *Il caso Maradona tra giustizia sportiva e giustizia statale*, FORO IT., 1991, p. 338 ss; A. VIGORITA, *Validità della giustizia sportiva*, RIV. DIR. SPORT., 1970. Secondo la giurisprudenza italiana, la rinunzia preventiva alla tutela giurisdizionale statale è ammissibile giuridicamente solo se e quando abbia ad oggetto diritti disponibili, ma non quando abbia ad oggetto diritti indisponibili o interessi legittimi, insuscettibili di formare oggetto di una tale rinunzia preventiva, generale e temporaneamente illimitata, al proprio diritto alla difesa. In tali casi, pertanto, non è possibile negare la configurabilità di una tutela giurisdizionale statale qualora vi sia stata una lesione di posizioni giuridiche soggettive rilevanti anche per l'ordinamento giuridico statale. In tal senso, si vedano C. Si., Sez. Giur., 9 ottobre 1993, n. 536; Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 1995, n. 1050; Cons. Stato, Sez. II, 20 ottobre 1993, n. 612; Cass. 17 novembre 1984, n. 5838; Cass. 1 marzo 1983, n. 1531; Cass. 19 febbraio 1983, n. 1290. Sulla base della impostazione sopra riportata è conseguito che: (i) le questioni c.d. tecniche (ovvero le decisioni sportive tecniche espresse "sul campo") sono state comunemente riconosciute come irrilevanti per l'ordinamento statale e, di conseguenza, insindacabili dai giudici statali (Tale orientamento, affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la nota sentenza 26 ottobre 1989, n. 4399, è stato poi generalmente ribadito dalla giurisprudenza e dottrina successiva; si vedano tra gli altri, in giurisprudenza, Trib. Di Roma, 20 settembre 1996; T.A.R. Lazio, 24 ottobre 1985, n. 1613; idem, 15 luglio 1985, n. 1099; in dottrina G. NACCARATO, *Sulla carenza di giurisdizione del giudice statale in ordine alla organizzazione di competizioni sportive*, RIV. DIR. SPORT., 1997, p. 548 ss); (ii) le questioni di carattere disciplinare (ad esempio provvedimenti di squalifica o sospensione di tesserati) sono state ritenute rilevanti anche per l'ordinamento statale, quando esse assumevano una notevole consistenza – per esempio quando fossero idonee a incidere in misura sostanziale sullo status di affiliato (in particolare si veda T.A.R. Lazio, Sez. III, 26 aprile 1986, n. 1641; si veda anche l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 gennaio 1996, n. 1, la quale ha sospeso l'efficacia di una sanzione disciplinare interdittiva (due anni di squalifica) nei confronti di un pugile, riducendola a 10 mesi (sull'argomento si veda G. AIELLO & A. CAMILLI, *Il caso Rosi: il riparto di giurisdizione nel provvedimento disciplinare sportivo*, RIV. DIR. SPORT., 1996, p. 2741 ss); (iii) le questioni di carattere economico sono state comunemente riconosciute come rilevanti anche per l'ordinamento statale, in quanto incidenti direttamente sulla sfera economica degli interessati (la giurisprudenza ha infatti precisato che «in tema di rapporto tra Società sportiva e tesserati della F.I.G.C., l'arbitrato instaurato ai sensi dell'art. 4, comma quinto, legge n. 91/1981 e delle norme interne delle Federazioni, ha natura irrituale: pertanto, non essendo attribuito a tale arbitrato carattere di obbligatorietà, non è ravvisabile, nell'ipotesi di contrasto di natura economica, alcun ostacolo che impedisca a ciascuna delle parti di adire in via diretta ed immediata il giudice ordinario per la tutela dei propri diritti». Pret. Roma, 9 luglio 1994; nello stesso senso Pret. Prato, 2 novembre 1994. Sull'argomento si veda inoltre F. P. LUISO, *L'arbitrato sportivo fra ordinamento statale e ordinamento federale* (Nota a Coll. Arb. Padova, 26 ottobre 1990), RIV. ARBITRATO, 1991, p. 840 ss; C. CECCHELLA, *Giurisdizione e arbitrato nella riforma del 1981 sullo sport*, RIV. DIR. PROC., 1995, p. 841 ss); (iv) le questioni di carattere amministrativo sono state comunemente riconosciute come rilevanti anche per l'ordinamento statale, in quanto la mancata ammissione o l'espulsione dall'ordinamento sportivo o dal relativo campionato comportano conseguenze, anche economiche, di indiscutibile rilievo (Con sentenza 30 settembre 1995, n. 1050 la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha ammesso

ISSN 2036-7821

In particolare, il punto nevralgico del dibattito riguarda la classificazione dell'ordinamento sportivo.

La teoria secondo cui il sistema giuridico svolge una mera funzione "normativistica"[3] – in base alla quale il diritto è norma e il concetto di "ordinamento giuridico" viene individuato esclusivamente nel sistema di norme poste dallo Stato – è stata superata in favore della teoria "istituzionalistica" di Santi Romano[4].

Ai fini che qui rilevano, in base a questa tesi, il diritto scaturisce dalla struttura della società; pertanto, non necessariamente dallo Stato ma anche dalle diverse istituzioni sociali, da cui il nome di teoria istituzionalistica. Vi potranno essere, dunque, una pluralità di ordinamenti giuridici, diversi e contestuali. Ogni ordinamento giuridico è istituzione e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico. Il diritto nasce, allora, nel momento in cui il gruppo sociale diviene gruppo organizzato, ossia si istituzionalizza creando una organizzazione; quindi, non c'è società senza che si manifesti in essa il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*)[5].

In particolare, Romano ritiene non sufficiente la nozione di diritto come norma o insieme di norme che costituiscono l'ordinamento – considerato come "Istituzione" o organizzazione – vi sono taluni elementi che concorrono a formare i caratteri costituenti l'ordinamento giuridico.

Nello specifico, tali elementi sono tre: (i) la volontà comune di un certo numero di soggetti, (ii) l'organizzazione e (iii) la normazione[6].

---

la conoscibilità da parte del giudice statale dei provvedimenti di revoca dell'affiliazione e di diniego di iscrizione al campionato di competenza quando essi abbiano come destinataria una Società sportiva di rango professionistico. E. LUBRANO, *Ordinamento sportivo e giustizia statale*, cit., p. 9).

[3] Teoria elaborate da H. KELSEN, *La teoria pura del diritto*, Torino, 1966. Per una disamina della teoria kelseniana si rimanda a M. PROSPERO, *Il pensiero giuridico di Kelsen: normativismo e diritto privato*, ROMAN. POL. SCI. REV., 2010, pp. 709-787.

[4] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Torino, 1966. Per un approfondimento, F. DE VANNA, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, JURA GENTIUM, 2018; N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, 1975.

[5] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit, p. 25. Si ha un ordinamento giuridico quando oltre alla società, «da intendersi come l'insieme dei soggetti, si rinvengono almeno altri due elementi essenziali: la normazione, ossia il complesso delle regole di organizzazione; e l'ordine sociale, cioè il sistema delle strutture entro cui i soggetti che sono membri della società si muovono». E. BATTELLI, *Diritto privato dello sport*, in *Nuovi percorsi del diritto privato*, Torino, 2021, pp. 4-5. L'applicazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici al fenomeno sportivo è, poi, stata effettuata da Cesarini Sforza nell'ambito dell'elaborazione della definizione del "diritto dei privati", inteso come «quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza o insufficienza, della legge statuale». W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963 (pubblicato per la prima volta nel 1929); W. CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici ed il diritto sportivo*, FORO IT., 1933, p. 1381 ss.

[6] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit. Le ragioni del successo di tale teoria scaturirono dalla considerazione secondo cui «la società si articola in organizzazioni riconosciute come portatrici di interessi collettivi, la cui presenza è legittimata anche nell'ambito del potere pubblico. Questa nuova realtà viene definita come "Istituzione". I due elementi che la caratterizzano sono l'appartenenza alla sfera sociale e l'organizzazione razionale». S. CASSESE, *Istituzione: un concetto ormai inutile*, POL. DIR., 1979, p. 59.

ISSN 2036-7821

Ne consegue che, «non potendosi disconoscere l'esistenza di una pluralità di "istituzioni" dotate di tali caratteristiche, deve ammettersi il corollario dell'esistenza di una "pluralità di ordinamenti giuridici" anche nell'ambito di un unico ordinamento statale»[7].

Un significativo ravvicinamento alla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici propugnata da Santi Romano si è avuto con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1° gennaio 1948), che ha rappresentato un cambio di prospettiva, attraverso il riconoscimento offerto dall'art. 2 Cost. dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità[8].

Una parte della dottrina[9] ritiene che nel nuovo ordinamento costituzionale il giudice dello Stato, chiamato a decidere in ordine a vicende interne alle associazioni, quali l'espulsione o il recesso dell'associato, dovrà fungere da garante del rispetto di diritti e liberta`, serbando all'ordinamento statale una posizione di supremazia[10].

Un impulso aggiuntivo ai rapporti tra ordinamento statale e intermedi, negli anni successivi, giunge nel diritto interno dall'attuazione del regionalismo; in particolare, dalla spinta dal mercato comune europeo, discenderà il vero e proprio consolidamento del pluralismo come dato storico giuridico[11].

Se, da un lato, è innegabile che il modello europeo di sport, incentrato sul principio di specificità, garantisce un certo ambito di autonomia in ragione delle sue finalità, è pure vero che, dall'altro lato, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE non ammette deroghe (se non talune, eccezionalmente individuate) alla riconducibilità dello sport nell'alveo del diritto europeo laddove questo assuma una dimensione economica[12].

---

[7] E. LUBRANO, *Ordinamento sportivo e giustizia statale*, cit., pp. 1-2.

[8] E. BATTELLI, *Diritto privato dello sport*, cit., p. 5.

[9] F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati (Art. 36-42)*, in *Commentario Scialoja Branca*, 2a ed., Bologna, 1976. L'autore, in particolare, dimostra l'esigenza costituzionale di tutelare il singolo individuo all'interno delle formazioni sociali ritenendo che tale compito spetti al giudice ordinario chiamato a decidere su vicende particolarmente delicate delle associazioni quali l'espulsione o il recesso dell'associato.

[10] *Ibid*. Le stesse norme di organizzazione «trovano il proprio fondamento nel riconoscimento costituzionale e nella disciplina legislativa ordinaria. Ed e` sempre la Costituzione a porre principi e limiti invalicabili tanto al legislatore ordinario quanto alle organizzazioni intermedie sia di carattere generale sia in ordine alla salvaguardia dei diritti dei singoli e della loro tutela giurisdizionale». E. BATTELLI, *Diritto privato dello sport*, cit., p. 5. Sotto differente profilo, altra dottrina pone l'accento sulla necessita` di «discorrere non tanto di pluralità degli ordinamenti, quanto di pluralità delle fonti» ritenendo che all'interno dell'unita` del sistema ordinamentale non ci sia posto per ordinamenti intermedi o settoriali. In questo senso, e` l'ordinamento giuridico della Repubblica, nei limiti dei diritti e dei valori inderogabili della Costituzione, che riconosce e garantisce al fenomeno sportivo autonomia (e, si badi, non indipendenza), considerandolo non un ordinamento in sen- so proprio ma anzi un fenomeno aperto sul piano giuridico ad articolazioni interne e a fonti esterne sovranazionali. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 196 ss.

[11] E. BATTELLI, *Diritto privato dello sport*, cit., pp. 5-6.

[12] Sul punto, si veda ampiamente S. BASTIANON, *L'Europa e lo sport. Profili giuridici, economici e sociali*, Torino, 2014.

ISSN 2036-7821

In ultimo, della mutata realtà sociale su cui fondare l'autonomia degli ordinamenti giuridici settoriali rispetto all'ordinamento fu interprete Pietro Rescigno il quale ha avuto, *inter alia*, il merito di individuare nella base contrattuale la legittimità degli ordinamenti giuridici intermedi. Come ricostruito dall'autore, infatti, le formazioni sociali legittimate dall'art. 2 Cost. si fondano sul consenso di coloro che vi aderiscono; «il potere di autoregolamentazione scaturisce dall'accordo di tutti i soggetti che fanno parte della formazione-istituzione»[13].

Considerata la breve ricostruzione storica di cui si è dato conto, da un lato, vi è lo Stato, che è l'unica istituzione che persegue interessi di carattere generale, ossia comuni a tutta la collettività nazionale; dall'altra parte, vi sono i vari ordinamenti c.d. settoriali (tra cui, per l'appunto, quello sportivo) che, contrariamente, perseguono interessi comuni esclusivamente alla collettività dei soggetti che fanno parte di quello specifico sistema[14].

Una volta affermata l'esistenza di una pluralità di ordinamenti, il fenomeno sportivo è posto al cospetto dell'ordinamento giuridico, inteso come stabile organizzazione dotata di autonomia normativa.

Pertanto, nell'ambito della pluralità degli ordinamenti giuridici, è rinvenibile un principio generale di "gerarchia delle Istituzioni"; da una parte «lo Stato, istituzione sovraordinata alle altre (in ragione del fatto che esso persegue interessi generali), dall'altra parte i vari ordinamenti settoriali, sottoordinati ad esso (in ragione del fatto che essi perseguono interessi di carattere collettivo) ma dotati comunque di una propria (limitata) autonomia»[15].

Così come non è possibile parlare di un unico ordinamento sportivo, allo stesso modo è impensabile ricostruire un unico sistema di giustizia sportiva. In una prospettiva, ancora una volta, pluralistica, devono ritenersi ricompresi nel concetto di giustizia sportiva tutti gli strumenti di risoluzione predisposti all'interno delle

[13] P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966. Nel fenomeno sportivo, un ruolo centrale riveste l'autonomia privata e il «negozio associativo», che nel tesseramento e nell'affiliazione trova i momenti fondanti dell'appartenenza a questo ordinamento così particolare. L'autore, dunque, fonda su basi contrattualistiche la legittimità degli ordinamenti intermedi e cioè sul consenso volontario di tutti coloro che vi aderiscono.

[14] Autorevole dottrina definisce tale potestà di regolare i propri interessi come «autonomia privata collettiva». F. SANTORO PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 369-374. L'autore, in particolare, considera gli interessi perseguiti dalla singola Istituzione superiori a quelli individuali dei partecipanti, ma distinti e subordinati a quelli della società generale.

[15] E. LUBRANO, *Ordinamento sportivo e giustizia statale*, cit., p. 4. In particolare, tale assunto trova ragion d'essere nel principio di "gerarchia delle fonti del diritto", alla luce del quale «le norme di rango sottoordinato non possono contrastare con le norme di rango sovraordinato: ne consegue che, pur avendo i vari ordinamenti settoriali una propria autonomia nell'ambito dello svolgimento delle attività per realizzare gli interessi perseguiti, tale autonomia, che si concreta soprattutto nella facoltà di emanare una normativa (di rango regolamentare) propria, trova un proprio limite nel necessario rispetto delle normative (di rango superiore) poste in essere dallo Stato (norme di grado costituzionale e di grado legislativo)». *Ibid*.

ISSN 2036-7821

varie organizzazioni e istituzioni, le quali, pur essendo in vario modo collegate, presentano strutture diverse, discipline specifiche e ambiti di competenza distinti.
È tratto costante di tutti gli ordinamenti particolari, «inclusi dunque quelli sportivi, tendere al rafforzamento del sistema interno di giustizia, corredo indispensabile dell'autonomia e autarchia riconosciute dall'ordinamento statale»[16].
La motivazione alla base della previsione di istituzioni operanti al di fuori dei confini nazionali è ravvisabile nel convincimento, secondo parte della dottrina[17], dell'esistenza di quella che viene definita *lex sportiva* che è riconducibile a norme consuetudinarie diffuse nel mondo dello sport[18].

2. *Una breve rassegna comparatistica.*

In Francia, la dottrina riconosce, tradizionalmente, la presenza di un ordinamento giuridico sportivo all'interno dell'ordinamento statale, «prototipo di una scelta accentratrice e interventista dello Stato sullo sport»[19]. In tal senso, infatti, il pensiero romaniano sulla pluralità degli ordinamenti ha avuto seguito e sviluppo anche in

[16] V. VIGORITI, *L'arbitrato del lavoro nel calcio. Commentario*, Milano, 2004, p. 1. Per esempio, nel caso italiano l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale è espressamente previsto dall'Art. 1 del Decreto l. 19 agosto 2003, no. 220.

[17] In tal senso, tra i più noti in materia giuridico-sportiva, si vedano G. SIMON, *L'arbitrage des conflits sportifs*, REV. ARB., 1995, n. 2, pp. 215 ss; A. CARLEVARIS, *Arbitrato sportivo, regole di concorrenza comunitaria e principi generali di diritto*, RIV. ARB., 2001, pp. 545 ss.

[18] Tra I primi in dottrina a introdurre il concetto di *lex sportiva* E. LOQUIN, *Sport et droit International privé privé*, in *Lamy Droit sportif économique* 2003, n. 186/90, laddove l'autore precisa che «l'émergence d'un droit sportif International autonome distinct de celui des Etats et transcendant la division du monde en ordres juridiques souverains››, cosicché verrà ad esistenza ‹‹une lex sportiva internationale générée par l'ordre juridique sportif transnational». *Ibid*.

[19] G. G. CARBONI, *L'ordinamento sportivo italiano nel diritto comparato*, in *federalismi.it*, 2021, p. 60. Infatti, l'autrice afferma che, «[a]nche se la dottrina francese riconosce l'autonomia dell'ordinamento sportivo, questo risulta particolarmente integrato con quello statale. Il sistema francese è basato su un codice dello sport, sul controllo e finanziamento statale delle associazioni, sulla regolamentazione centralizzata delle professioni sportive». *Ibid*. Sul medesimo punto, anche, J. BARTHELEMY, *Instances internes des fédérations sportives nationales: litiges juridiques*, in *Le règlement des litiges au sein du mouvement sportif*, Dalloz, 2012. Il modello francese è stato adottato in diversi Paesi all'interno dell'UE, tra cui la Grecia e l'Austria. In Polonia l'intervento dello Stato è affidato al ministro dello sport e del turismo e come in Francia le associazioni sportive si costituiscono con l'autorizzazione dello Stato. G. G. CARBONI, *op. cit.*, p. 62. Un'interpretazione "estrema" del modello francese caratterizza alcuni ordinamenti dell'Est europeo. In Russia la legge federale del 4 dicembre 2007 No. 329-FZ "Sulla cultura fisica e lo sport nella Federazione russa" fornisce una definizione tautologica di sport come «parte delle attività sociali e culturali considerate come una serie di sport istituiti sotto forma di competizioni e della preparazione speciale per queste competizioni» (Articolo 2, comma 12). Dalla profonda compenetrazione tra sport e cultura la legislazione russa trae il principio della «combinazione della regolamentazione statale dei rapporti nel campo della cultura fisica e dello sport con l'autoregolazione di tali rapporti da parte dei partecipanti alla cultura fisica e allo sport» (Articolo 3, comma 3). L'autonomia dello sport non è proclamata nella legge federale, ed è limitata al rispetto delle regole internazionali in occasione degli eventi sportivi olimpici e internazionali, e alla possibilità delle organizzazioni sportive di disporre delle risorse provenienti da soggetti esterni allo Stato. Negli anni più recenti anche in Russia, soprattutto per l'influenza italiana, è stata accolta la teoria dell'indipendenza dell'ordinamento sportivo, sulla base di una *lex sportiva* di provenienza internazionale. In tema, D. ROGACHEV & O. SHEVCHENKO, *Sport Law in Russia*, Mosca, 2016, pp. 21-34.

ISSN 2036-7821

Francia[20]. Si tratta, in questo caso, di un diritto plurale; anzi, più esattamente, si dovrebbe discernere di diritti sportivi, alla stessa stregua di quanto Santi Romano aveva osservato a proposito del diritto ecclesiastico[21].

Le federazioni sportive, in Francia, possono ricevere un particolare riconoscimento pubblico. Se la legge del 20 dicembre 1940 aveva provveduto a una sorta di statalizzazione del movimento sportivo, la successiva ordinanza del 28 agosto 1945 ristabilì l'autonomia dei soggetti dell'ordinamento sportivo, ponendo nello stesso tempo i primi tasselli di un particolare regime pubblicistico[22].

Tale dualismo si riscontra tuttora nel diritto vigente. L'art. L 131-1, disposizione con cui si apre il Titolo III del Codice dello sport (*Fédérations sportives et ligues professionnelles*), afferma che le federazioni sportive, incaricate dell'«organizzazione della pratica di una o più discipline sportive […] esercitano la loro attività in piena indipendenza"[23]. Al contempo, però, si prevede, con un certo grado di contraddittorietà, che "lo Stato esercita il controllo sulle federazioni sportive» (art. L111-1, c. 2)[24].

In Germania, lo sport esercitato nelle forme associative è organizzato secondo una struttura gerarchica e monopolistica[25]. Vige il c.d. *Ein-Verbandsprinzip*[26], in base al

---

[20] In particolare, con M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, (1925), trad. it. a cura di. W. CESARINI SFORZA, Milano, 1967. Sul punto, *ex multis*, A. G. PARISI, *Sport e diritti della persona*, Torino, 2009, p. 179 ss; B. NIKI-HEGE, *Les normes de sanctions dans l''ordre juridique sportif*, in *Recueil Dalloz*, 1994, p. 86 ss; J. P. KARAQUILLO, *Les normes des communautés sportives et le droit étatique*, in *Recueil Dalloz*, 1990, p. 83 ss; E. BORRELLI, *Alla ricerca di un inquadramento del diritto sportivo: istituzioni, regole e giudici nell''analisi dell'esperienza francese (note in margine ad un libro recente)*, RIV. DIR. SPORT., 1994, p. 638 ss; J. P. KARAQUILLO, *Un «pluralisme judiciaire complémentaire» original. La résolution par les institutions sportives et par les juridictions de l'État de certains «litiges sportifs»*, in *Recueil Dalloz*, 1996, p. 87 ss.; J. C. BREILLAT, *Sanctions disciplinaires, conciliation, droit de recours? La dénonciation par un président honoraire d'une fédération sportive de certains dysfonctionnements affectant celle-ci, n'est pas de nature à justifier une sanction disciplinaire*, in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 183 ss; P. COUZINET, *Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire: la conciliation sportive précontentieuse*, in *Revue française de droit administratif*, 1997, p. 365 ss.

[21] P. PASSAGLIA (a cura di), *La risoluzione delle controversie sportive e la giustiziabilita` dei relativi provvedimenti di fronte alla giurisdizione comune*, Ufficio di diritto comparato della Corte costituzionale, in https://www.cortecostituzionale.it/, p. 6.

[22] F. LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden-Boston, 2007, p. 26 ss.

[23] P. PASSAGLIA (a cura di), *La risoluzione delle controversie sportive e la giustiziabilita` dei relativi provvedimenti di fronte alla giurisdizione comune*, cit., p. 6.

[24] In Francia è, infatti, diffusa la convinzione che l'amministrazione pubblica dello sport – costituita, in primo luogo, dal *Ministère de la jeunesse et des sports* – debba svolgere nei confronti del movimento sportivo, oltre a una missione di formazione, di stimolo e di diffusione dell'informazione, anche un ruolo di regolamentazione e di controllo. A. G. PARISI, *Sport e diritti della persona*, cit., p. 80 ss. A questo proposito, si segnala l'articolo L.131-8 del Codice dello sport ai sensi del quale il consenso ministeriale non può essere concesso che alle federazioni che abbiano "adottato degli statuti comportanti alcune disposizioni obbligatorie e un regolamento disciplinare conforme ad un regolamento tipo". Il posto occupato dal diritto dello Stato «dimostra che i veri principi direttivi della giustizia sportiva in Francia concernono in realtà la questione dell'integrazione della giustizia interna nel percorso giurisdizionale organizzato dai poteri pubblici». J. M. MARMAYOU, *La Giustizia Sportina in Francia*, in M. COLUCCI & S. CIVALE, *La giustizia sportiva internazionale e comparata*, 2015, p. 382.

[25] Generalmente, si veda U. STAINER, *Der Sport auf dem Weg ins Verfassungsrecht*, in P. J. TETTINGER & K. VIEWEG (eds.), *Gegenwartsfragen des Sportrechts*, Berlino, 2004; U. STAINER, *Von den Grundrechten im Sport zur*

quale per uno stesso sport può essere costituita una sola federazione. I clubs (*Vereine*) o federazioni sportive (*Sportverbände*) sono a tutti gli effetti persone giuridiche di diritto privato, in quanto sono associazioni registrate ai sensi dell'art. 21 del Codice civile tedesco (BGB)[27].

Essendo l'ordinamento sportivo una costruzione di diritto privato, esso ha un elevato grado di autonomia, che viene garantita sia dalla Costituzione Tedesca che dalla legislazione ordinaria. Le stesse associazioni sportive regolano autonomamente la vita associativa e le vicende interne attraverso gli statuti, le regole di gioco, regolamenti procedurali, etc. A tal proposito, esse devono necessariamente rispettare la normativa vigente in relazione a tutte le associazioni (*ex* art. 21 ss. BGB) e lo statuto (o il relativo regolamento) deve indicare determinate informazioni e disciplinare le basi delle disposizioni regolamentari e sanzionatorie e, se previsto, l'arbitrato[28].

Negli Stati Uniti esistono svariati ordinamenti sportivi, uno per ogni organizzazione che si dedichi alla gestione di competizioni sportive.

Qui l'organizzazione dello sport si basa sul pluralismo dei soggetti che vi operano e con il principio liberale dell'autonomia dei privati verso lo Stato. Il dominio delle organizzazioni private, che assumono la forma di (i) leghe sportive di squadra professionistiche, (ii) gruppi sportivi di College e Scuole (iii) società sportive e ricreative locali (pubbliche e private) è netto[29].

Staatszielbestimmung, Sportförderung, in in P. J. TETTINGER & K. VIEWEG (eds.), *Gegenwartsfragen des Sportrechts*, Berlino, 2004. Il modello tedesco viene condiviso da altri Stati europei, con alcune «differenze che discendono da specifiche caratteristiche nazionali. I paesi scandinavi hanno tutti una struttura nazionale, ma il ruolo dello Stato è di coordinamento del settore, affidato a una pluralità di soggetti: autorità locali, clubs e privati in Olanda, o anche la Chiesa (in Finlandia quella Luterana). In Danimarca i protagonisti sono lo Stato, i Comuni, le tre principali organizzazioni dello sport». G. G. CARBONI, *L'ordinamento sportivo italiano nel diritto comparato*, cit., p. 66. Su questo ultimo punto, si rimanda a B. ISEN, *Denmark: The Dissenting Sport System*, in J. SCHEERDER, A. WILLEM, E. CLAES (Eds.), *Sport Policy Systems and Sport Federations*, Londra, 2017., pp. 89-112. In Belgio invece, dove esiste una differenziazione su base territoriale e comunitaria, spetta alle Comunità definire interventi e finanziamenti allo sport. La divisione del Paese in molteplici "realtà" impedisce la centralizzazione; tuttavia, il controllo pubblico è molto incisivo dal momento che, nelle Fiandre, le federazioni, per poter essere riconosciute, devono adempiere a obblighi e controlli da parte dei competenti organismi di governo. Per un approfondimento, J. SCHEERDER & S. B. VOS, *Belgium: Flanders*, in K. HALLMANN, K. PETRY,Eds.), *Comparative Sport Development*, New York, 2013, pp. 7-22.

[26] Questa regola è stata imposta dai Comitati olimpici nazionali alle federazioni riconosciute ed è rispettata da tutti gli ordinamenti sportivi nazionali. Il principio viene ribadito dagli statuti di quasi tutte le federazioni internazionali e nazionali e prevede solo una federazione mondiale per ciascuna disciplina sportiva, poi, a livello inferiore, una federazione internazionale per ogni disciplina, di cui possono fare parte le federazioni regionali dello stesso sport che raggruppano, a loro volta, ciascuna federazione nazionale.

[27] P. PASSAGLIA (a cura di), *La risoluzione delle controversie sportive e la giustiziabilità dei relativi provvedimenti di fronte alla giurisdizione comune*, cit., pp. 14-15.

[28] Per un approfondimento della dottrina tedesca, P. W. HEERMANN, *"Status sportivus" und "status extra-sportivus" – eine Standortbestimmung*, in CAUSA SPORT, 2009, p. 90 ss; B. PFISTER, *Sportregeln vor staatlichen Gerichten*, in *SpuRt* 1998, p. 221 ss; B. PFISTER, *Schutzzweck von Sportregeln*, in *Festschrift für Gitter*, 1995, p. 731 ss.

[29] J. E. RUSESKI & N. RAZAVILAR, *United States*, in K. HALLMANN & K. PETRY (Eds.), *Comparative Sport Development*, New York, 2013, p. 312 ss.

ISSN 2036-7821

Piuttosto che di separazione dall'ordinamento generale, in questo caso, sarebbe più appropriato parlare di autonomia degli ordinamenti sportivi; in tal senso, infatti, i pubblici poteri non intervengono nell'ambito disciplinato dalle organizzazioni sportive se non nei casi (molto rari, invero) in cui ciò sia necessario al fine di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini o altri rilevanti interessi pubblici (per esempio la concorrenza)[30].
Esiste un ampio sistema di regole, di cui si sono dotate Associazioni come la NCAA o la NBA; queste, infatti, sono organizzate sulla base di una gerarchia (per esempio, le regole poste dal contratto collettivo della NBA prevalgono su quelle dei contratti individuali e su quelle unilateralmente poste dalle singole società sportive) e hanno predisposto, contestualmente, un apposito sistema di organi e procedure per farle rispettare[31].

3. *Il funzionamento della Corte Arbitrale per lo Sport.*

In virtù del ruolo che la Corte Arbitrale per lo Sport (CAS)[32] riveste all'interno del movimento sportivo, l'attenzione si concentra su tutte quelle controversie che originano dalla contestazione di decisioni assunte da enti o istituzioni sportive, ossia «litiges naissent toujours d'une décision de l'organe d'une organisation sportive qui n'est pas acceptée par son destinataire, en règle générale une organisation sportive subordonnée ou un athlète»[33].
Tali controversie, avendo alla base una norma tratta da un ordinamento sportivo e dettata dalle competenti organizzazioni, sono esse stesse espressione della specificità del fenomeno sportivo[34].

---

[30] P. PASSAGLIA (a cura di), *La risoluzione delle controversie sportive e la giustiziabilita` dei relativi provvedimenti di fronte alla giurisdizione comune*, cit., p. 62.

[31] Sul diritto sportivo negli USA si veda, per una sintesi, W. T. CHAMPION, JR., *Sports Law in a Nutshell*, Houston, 2009; I. S. BLACKSHAW, *Sport, Mediation and Arbitration*, The Hague, 2009; R. I. ABRAMS, *Sports Justice*, Lebanon, 2010.

[32] La storia della CAS è illustrata in I. S. BLACKSHAW, R. C. R. SIEKMANN, J. SOEK, *The court of arbitration for sport 1984-2004*, ASSER International Sports Law Series, 2006. Si veda anche J. M. MARMAYOU, *The chambre arbitrale du sport (CAS): a new body for dispute setlement in french sport*, INT.L SPORT L. J., 2010; p. 12 ss; .D. H. YI, *Turning Medals into Medal: Evaluating the Court of Arbitration of Sport as an International Tribunal*, ASPER REV. INT'L TRADE & BUS. L., 2006; A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle, 2005, p. 132 ss.

[33] M. BADDELEY, *La résolution des conflits au sein de la fédération internationale*, in *FIBA International legal symposium*, Bilbao 1999, p. 432. La connessione intercorrente tra giustizia processuale e competizione sportiva è profonda; basti pensare che nell'antica Grecia il termine *agòn* indicava tanto la disputa giudiziaria quanto la gara atletica. È, in questa prospettiva, il processo può essere visto sotto la forma di una «partita legale, fatta di volontà gareggianti, di mosse sottilmente studiate e di accorgimenti tecnici». P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, RIV. DIR. PROC., 1950, p. 24. Sul medesimo punto anche S. VALZANIA, *La partita di diritto. Considerazioni sull'elemento ludico del processo*, JUS, 1978, p. 207 ss.

[34] Su queste tematiche, si vedano G. MANFREDI, *Pluralita` degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007; F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007; L. FERRARA, *Giustizia sportiva, in Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010; L. DI NELLA, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999.

ISSN 2036-7821

Nella struttura del presente contributo, la nozione di arbitrato sportivo tenderà a identificarsi nella procedura amministrata dal Corte Arbitrale dello Sport.
La CAS è stata creata nel 1983 su impulso dell'allora presidente del Comitato Olimpico Internazionale (CIO) con l'intento di costituire un meccanismo centralizzato di controllo giudiziario nello sport, a livello internazionale, in particolare durante il periodo delle Olimpiadi[35].
Tuttavia, l'infanzia della CAS non è stata facile per almeno tre ragioni.
In primo luogo, all'inizio l'attività non fu intensa, soprattutto a causa del basso numero dei casi (gli scandali del doping, per esempio, non hanno rappresentato un profilo di grande rilievo, almeno fino alla fine degli anni Ottanta)[36].
In secondo luogo, le Federazioni internazionali non erano solite rivolgersi alla CAS, anche perché alcune di esse si erano dotate di un proprio organo giudiziario[37].
In terzo luogo, in base al disegno istituzionale originario, tale Corte si configurava come una sorta di ramo giudiziale all'interno del CIO, con quest'ultimo che manteneva il controllo politico e finanziario sul primo[38].
Dopo un decennio, tuttavia, furono formulate severe critiche verso la CAS, tacciata di non rispettare tutti gli standard richiesti dall'istituto arbitrale, in particolare sotto il profilo dell'indipendenza, specificatamente nei casi in cui il CIO fosse stato parte in causa di un arbitrato gestito da tale Corte[39]. Tali riserve furono formalmente esplicitate dal Tribunale Federale Svizzero nella sentenza del 15 marzo 1993[40] – nota come sentenza *Gundel* –e indussero il CIO a intraprendere un'opera di riforma del TAS, caratterizzata da una profonda riorganizzazione delle sue strutture – secondo le linee del modello attuale con l'Accordo di Parigi del 1994 – e, soprattutto, dalla creazione di un nuovo organo: il *Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport* (di seguito ICAS, acronimo della nomenclatura inglese)[41].

---

[35] Da questo punto di vista, il percorso seguito era quello del padre del CIO, Pierre De Coubertin, che per primo aveva osservato che un'istituzione sportiva doveva, prima di tutto «s'organiser judiciairement», in quanto doveva essere «à la fois un Conseil d'Etat, une Cour d'appel et un Tribunal des conflits».

[36] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, GERMAN L. J., 2011, p. 1322.

[37] L'esempio più significativo è quello dell'Associazione Internazionale delle Federazioni di Atletica Leggera (IAAF), che negli anni '80 e '90 aveva una propria Camera Arbitrale; solo nel 2001 la stessa venne sciolta a favore della giurisdizione della CAS. Tale organo aveva giurisdizione su tutte le controversie tra le federazioni nazionali di atletica affiliate alla IAAF, o tra le federazioni nazionali affiliate e il Consiglio o il Congresso della IAAF. Si veda, per un'analisi L. TARASTI, *Legal solutions in the international doping cases – awards by the iaaf arbitration panel 1985–1999*, Milano, 2000; C. VEDDER, *The Heritage of Two Decades of Arbitration in Doping-Related Disputes*, in I. S. BLACKSHAW, R. C. R. SIEKMANN, J. SOEK, *The court of arbitration for sport 1984-2004*, cit.

[38] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 1322.

[39] *Ibid*. La Corte, infatti, ha osservato come il CIO «est compétent pour modifier le Statut du TAS; il supporte en outre les frais de fonctionnement de ce tribunal et joue un rôle considérable dans la désignation de ses membres».

[40] Corte Federale Svizzera, *Gundel v. Fédération Equestre Internationale*, 1993, pp. 279-280 – la sentenza prende il nome dal nome del fantino che impugnò in quella sede una previa pronuncia del TAS

[41] Sul punto, D. KANE, *Twenty Years On: An Evaluation of the Court of Arbitration for Sport (2003)*, in I. S. BLACKSHAW, R. C. R. SIEKMANN, J. SOEK, *The court of arbitration for sport 1984-2004*, cit., p. 458. L'ICAS è una

ISSN 2036-7821

Oggi, la Corte Arbitrale dello Sport è una struttura arbitrale permanente, la cui missione è quella di «settle sports-related disputes through arbitration and mediation»[42]. Tali controversie «may arise out of an arbitration clause inserted in a contract or regulations or of a later arbitration agreement (ordinary arbitration proceedings) or involve an appeal against a decision rendered by a federation, association or sports-related body where the statutes or regulations of such bodies or a specific agreement provides for an appeal to the CAS (appeal arbitration proceedings)»[43].

Tale arbitrato rappresenta «un vero metodo di soluzione di controversie, in senso lato ricollegabili al fenomeno sportivo, di carattere economico, e comunque relative a diritti disponibili equivalente e sostitutivo di quello offerto dalle ordinarie giurisdizioni nazionali»[44]. Le controversie deducibili potranno essere, pertanto, di carattere "privato" e di natura contrattuale (*e.g.* contratti di sponsorizzazione o di gestione o trasferimenti di giocatori, questioni di natura disciplinare a seguito di una decisione di un'organizzazione sportiva, così come casi di doping o selezione di atleti)[45].

Il ricorso all'arbitrato, dunque, è percepito come strumento idoneo a preservare l'autonomia dell'ordinamento sportivo[46] e, *latu sensu*, l'imprevedibilità intrinseca alla pratica sportiva, scongiurando il rischio di continui ricorsi concernenti la corretta

fondazione di diritto svizzero con sede a Losanna, che ha il ruolo specifico di garantire l'indipendenza della CAS e di salvaguardare i diritti delle parti secondo principi formalmente individuati nel nuovo *Code d'Arbitrage en matière de sport* del 1994. Il Codice contiene disposizioni di carattere statutario, relative all'organizzazione degli organi che concorrono alla risoluzione del contenzioso sportivo (artt. S1-S26), e, di seguito a queste, altre disposizioni di carattere procedurale, che disciplinano lo svolgimento dei giudizi sottoposti alla CAS (artt. R27-R69).

[42] Art. S1, *Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-related Disputes*. Pertanto, la CAS può essere paragonata a istituzioni come la Corte arbitrale internazionale, il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID) o, per gli Stati Uniti, l'*American Association of Arbitration* (AAA).

[43] R27, Regole procedurali della CAS. In particolare, si afferma come le controversie sportive «may involve matters of principle relating to sport or matters of pecuniary or other interests brought into play in the practice or the development of sport and, generally speaking, any activity related or connected to sport». *Ibid*.

[44] L. FUMAGALLI, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche*, in C. A. D'ALESSANDRO & C. MARCHESE, in *Ius dicere in a Globalized World: A Comparative Overview*, 2018, p. 492.

[45] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., pp. 1322-1323. Tra i primi studi sulle tipologie di controversie in ambito sportive, M. COCCIA, *Fenomenologia della controversia sportiva e dei suoi modi di risoluzione*, RIV. DIR. SPOR., 1997, pp. 603-628.

[46] Per un approfondimento in merito, L. FUMAGALLI, *La risoluzione delle controversie sportive. Metodi giurisdizionali, arbitrali ed alternativi di composizione*, RIV. DIR. SPORT., 1999, p. 254 ss; G. ALPA, *L'ordinamento sportivo*, NUOVA GIUR. CIV. COMM., 1986, pp. 321-331; P. DINI, *Le basi dell'autonomia normativa nel diritto sportivo*, RIV. DIR. SPORT., 1975.

ISSN 2036-7821

applicazione di norme squisitamente tecniche, e per tali ragioni ha trovato ampio riscontro sul piano giurisprudenziale[47].
Il modello, comunque, è «caratterizzato dalla massima autonomia, in forza del quale le parti sono libere di scegliere se compromettere per arbitri la controversia, decidere quali arbitri affidarsi, quale regola di giudizio essi debbano applicare e quale rito seguire»[48].

3.1. *La struttura della CAS.*

Per quel che concerne la struttura, la Corte è composta da due organi distinti, entrambi con sede a Losanna: il Consiglio Internazionale di Arbitrato per lo Sport (ICAS) e la CAS stessa[49].
Il primo è stato creato nel 1994 per conferire al secondo una reale indipendenza dal CIO. È una organizzazione regolata dal diritto svizzero, il cui consiglio di amministrazione è composto da venti membri scelti per rappresentare il movimento olimpico e garantire la sua autonomia[50].
Il compito dell'ICAS è quello di facilitare la risoluzione delle controversie sportive avverso l'arbitrato o la mediazione e di salvaguardare, al tempo stesso, l'indipendenza di tale istituzione e i diritti delle parti[51].
Inoltre, l'ICAS si occupa della nomina dei soggetti che rientrano l'elenco degli arbitri e dei mediatori della CAS, con la facoltà di rimuoverli in circostanze specifiche[52].

---

[47] E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Quel che resta dell'arbitrato sportivo (dopo il nuovo codice della giustizia sportiva 2014)*, RIV. DIR. SPORT, 2014, p. 51; Per un'analisi ulteriore, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'Arbitrato*, Bologna, 2016.

[48] V. VIGORITI, *L'arbitrato del lavoro nel calcio. Commentario*, cit., p. 6. In particolare, il compromesso, «costituisce un mezzo di deferimento ad arbitrato di specifiche controversie, integrando la competenza degli organi di giustizia sportiva e sottraendo alla cognizione dei giudici ordinari l'area da essa limitata». R. PERSICHELLI, *Le materie arbitrali all'interno della giurisdizione sportiva*, RIV. DIR. SPORT., 1996, p. 706.

[49] Sono previsti anche due uffici distaccati, uno con sede a New York e l'altro a Sydney.

[50] La composizione è delineata in dettaglio nell'Art. S4, *Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-related Disputes*, il quale afferma come «[t]he ICAS is composed of 20 members, namely high-level jurists appointed in the following manner: a. 4 appointed by the International Sports Federations, viz. 3 by the Summer Olympic IFs and 1 by the Winter Olympic IFs, chosen from within or from outside their membership; b. 4 appointed by the Association of the National Olympic Committees, chosen from within or from outside its membership; c. 4 appointed by the IOC, chosen from within or from outside its membership; d. 4 appointed by the 12 members of the ICAS listed above, after appropriate consultation with a view to safeguarding the interests of the athletes; e. 4 appointed by the 16 members of the ICAS listed above and chosen from among personalities independent of the bodies designating the other members of the ICAS».

[51] Secondo l'Art. S6 dello Statuto, l'ICAS adotta e modifica il proprio Statuto e quello della CAS; si occupa del finanziamento della CAS; supervisiona le attività dell'Ufficio del Tribunale della CAS; se lo ritiene opportuno, istituisce strutture arbitrali regionali o locali, permanenti o *ad hoc*; può creare un fondo di assistenza legale per facilitare l'accesso all'arbitrato della CAS alle persone fisiche prive di mezzi finanziari sufficienti; può intraprendere qualsiasi altra azione che ritenga idonea a tutelare i diritti delle parti e, in particolare, a garantire al meglio la totale indipendenza degli arbitri e a promuovere la risoluzione delle controversie sportive attraverso l'arbitrato.

ISSN 2036-7821

Ci sono almeno 150 arbitri e una cinquantina di mediatori. I primi provvedono «the arbitral resolution of disputes arising within the field of sport through the intermediary of arbitration provided by panels composed of one or three arbitrators», mentre i secondi si occupano della «resolution of sports-related disputes through mediation»[53].

La CAS, a sua volta, svolge diverse attività. Oltre a fungere da mediatore[54], può anche fornire pareri consultivi non vincolanti su richiesta del CIO, delle Federazioni Internazionali, dei Comitati Olimpici Nazionali, della WADA e delle organizzazioni riconosciute dal Comitato olimpico su qualsiasi questione giuridica relativa al diritto dello sport o su qualsiasi attività a esso correlata[55].

Il suo compito principale, tuttavia, è quello di risolvere le controversie. A tal fine, la CAS è composta da due divisioni, la Divisione Arbitrale Ordinaria e la Divisione Arbitrale d'Appello[56].

La prima è costituita dai collegi giudicanti, il cui compito è quello di risolvere le questioni sottoposte alla procedura ordinaria e svolge, attraverso l'intermediazione del Presidente o del suo sostituto, tutte le altre funzioni in relazione al regolare svolgimento dei procedimenti conferitele dalle Regole Procedurali della CAS[57].

---

[52] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 1324. L'attenzione, in particolare, è rivolta alle qualifiche degli arbitri che sono elencate nel primo comma dell'art. S14 come segue: «appropriate legal training, recognized competence with regard to sports law and/or international arbitration, a good knowledge of sport in general and a good command of at least one CAS working language». In merito alla rimozione dall'elenco, ai sensi dell'art. R 35 sussiste un potere di rimozione *ex officio* di un arbitro da parte dell'ICAS laddove questi rifiuti di adempire ai suoi doveri derivanti dal codice. Tale meccanismo differisce rispetto a quello ricusatorio in quanto strumento volto a sanzionare l'ingiustificato ritardo nell'adempimento delle funzioni, tale meccanismo evidenzia la celerità che caratterizza i procedimenti di fronte alla CAS. Sul punto, G. CANDELA, *Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS/CAS)*, in M. COLUCCI & S. CIVALE, *La giustizia sportiva internazionale e comparata*, cit., pp. 26-27. Inoltre, ex art. R. 34, un giudice può essere ricusato in presenza di circostanze che permettono di dubitare legittimamente della sua indipendenza. Poiché l'indipendenza dell'arbitro deve rispondere a principi sostanzialmente analoghi a quelli che caratterizzano il rapporto tra i giudici statali e le parti, è opportuno richiamare gli orientamenti del Tribunale federale svizzero sul tema, analizzandoli, se necessario, alla luce delle specificità dell'arbitrato sportivo (in particolare, l'art. 30, co. 1 della *Constitution fédérale de la Confédération suisse* e, più in generale, agli artt. 18-19 del Concordato che disciplinano la ricusazione nell'ambito dell'arbitrato interno). In primo luogo, la garanzia costituzionale permette di richiedere la ricusazione di un giudice «il cui ruolo all'esterno del processo, ovvero il comportamento nell'ambito dello stesso, siano tali da far nascere un dubbio sulla sua imparzialità; la relativa valutazione dovrà essere condotta secondo parametri obiettivi e adattata al caso di specie […]; alla parte, infine, è richiesto di porre a fondamento della propria istanza delle circostanze che offrano una "apparence de prévention", senza dover giungere a fornirne prova». A. MERONE, *Il Tribunale Arbitrale dello Sport*, cit., p. 130. In tema di ricusazione dell'arbitro C. CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitro*, RIV. ARB., 1998, p. 17 ss.

[53] Art. S3, *Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-related Disputes.*

[54] In tema, si approfondisca con I. S. BLACKSHAW, *Mediating sports disputes: national and international perspectives*, London, 2009.

[55] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 1324.

[56] Art. S20, *Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-related Disputes.*

[57] Regole procedurali della CAS, Artt. R27-R37 e R38-46. Sul punto, L. REILLY, *Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes, A Symposium*, J. DISP. RES.,

ISSN 2036-7821

La Divisione Arbitrale d'Appello, invece, è costituita dai "Panel", il cui compito è quello di risolvere le controversie derivanti dalle decisioni di federazioni, associazioni o altri organismi sportivi, nella misura in cui gli statuti o i regolamenti degli stessi – o un accordo specifico – lo prevedano[58].
L'Ufficio del Tribunale della Corte, sulla base alla natura dei procedimenti arbitrali sottoposti alla CAS, provvede ad assegnarli a una di queste due divisioni[59].
Sebbene il suo procedimento sia formalmente un arbitrato, l'attività della Corte può essere equiparata a quella di un tribunale ordinario, quando si occupa di questioni di diritto commerciale (come, per esempio, i trasferimenti di giocatori), ovvero di un tribunale amministrativo laddove debba decidere sui reclami contro le sentenze emesse dai tribunali delle istituzioni sportive, e infine anche di una corte costituzionale nei casi di conflitti «between different institutions of the Olympic movement, and even a criminal court when it has to balance evidence in doping violations»[60].
In ultima analisi, è d'uopo sottolineare come le attività della CAS si siano ampliate negli ultimi quindici anni, tanto che il crescente numero di decisioni ha portato alla formazione e al consolidamento di un insieme di principi e regole[61]. Questo complesso di norme deriva sia dall'interpretazione del diritto sportivo sia dalla creazione di nuovi principi specifici (come il principio del "*fair play*", per esempio) e

2012, p. 2; M. R. DAVANLOO, *The Procedural Rules of the Court of Arbitration for Sport*, J. POLITICS & L., 2017, p. 156 ss.

[58] Regole procedurali della CAS, Artt. R27-R37 e R47-59. Per un approfondimento, L. REILLY, *Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes, A Symposium*, cit., pp. 2-3; A. MARINARO, *L'important c'est de participer: Ensuring the Fair Trial Rights of Athletes before the CAS through Independence and Impartiality*, RIV. ARB., 2021.

[59] In argomento, A. RIGOZZI & M. BERNASCONI, *The proceedings before the court of arbitration for sport, CAS & FSA/SAV*, Losanna, 2006. Oltre a queste due divisioni, inoltr, esistono camere *ad hoc* create per i Giochi Olimpici (a partire dal 1996) e per altri eventi sportivi come la Coppa del Mondo della *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA). Le prime esperienze della divisione *ad hoc* per i Giochi Olimpici della CAS sono state analizzate da G. KAUFMANN-KOHLER, *Arbitration at the olympics – Issues of fast-track dispute resolution and sports law*, 2001.

[60] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 1325. Si veda anche F. LATTY, *La lex sportiva. recherche sur le droit transnational*, in *Études de Droit International*, 2007, p. 296 ss. Tale circostanza, comunque, non è una novità assoluta; la coesistenza di diversi modelli giurisdizionali è comune nei tribunali internazionali. Si pensi, per esempio, al sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (WTO), in cui sono presenti sia caratteristiche costituzionali (relative all'interpretazione dei trattati o alla tutela dei diritti fondamentali) sia di diritto amministrativo e civile (relative al controllo esercitato dai panel e dall'Organo d'appello su decisioni e procedimenti). Per una disamina generale, B. MARCHETTI, *Il sistema di risoluzione delle dispute del WTO: amministrazione, corte o tertium genus?*, RIV. TRIM. DIR. PUB., 2008, p. 933 ss.

[61] J. A. R. NAFZIGER, *Lex Sportiva and CAS*, in I. S. BLACKSHAW, R. C. R. SIEKMANN, J. SOEK, *The court of arbitration for sport 1984-2004*, cit., p. 409 ss; K. FOSTER, *Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court of Arbitration for Sport's Jurisprudence*, ENT. SPORTS L. J., 2016.

ISSN 2036-7821

costituisce nel suo complesso quello che la dottrina ha definito – e di cui si è dato conto nei paragrafi precedenti – come *lex sportiva*[62].
Lo scenario appena descritto è dovuto principalmente alla necessità di armonizzare le norme in tale ambito (in particolare quelle antidoping, che prima dell'adozione del Codice mondiale antidoping erano molto diverse da giurisdizione a giurisdizione) e alla necessità di tutelare i diritti fondamentali degli atleti all'interno dell'ordinamento giuridico sportivo (in modo che non debbano adire i tribunali nazionali)[63].
Con le sue decisioni, in ultima *ratio*, la CAS ha contribuito in modo determinante all'elaborazione del diritto sportivo mondiale, sviluppando principi giuridici comuni tra gli organismi, interpretando e armonizzando il diritto in questo settore, rivedendo le decisioni delle istituzioni appartenenti a tale settore e contribuendo ad affermare la separazione dei poteri all'interno di questo sistema giudiziario[64].

3.2. *Il diritto applicabile sulla base delle regole arbitrali*

Il tema dei rapporti tra ordinamento giuridico dello Stato e sistemi normativi che si pretendono autonomi rispetto ad esso non è né nuovo né riguarda esclusivamente il sistema giuridico sportivo[65].
In tal senso, la disciplina relativa all'individuazione del diritto applicabile al merito della controversia è oggetto di due norme distinte[66].
Nel caso di procedimento ordinario, in applicazione dell'art. R45 del Codice CAS, «[i]l Collegio dovrebbe decidere la controversia in applicazione delle norme della

---

[62] In giurisprudenza si vedano TAS 2007/A/1424, *Federación Española de Bolos (FEB) v. Fédération Internationale des Quilleurs (FIQ) & Federació Catalana de Bitlles i Bowling (FCBB)*, 23 aprile 2008, para. 17; TAS 2004/A/776, *Federacio Catalana de Patinatge (FCP) v. International Roller Sports Federation (FIRS)*, 15 luglio 2005, para. 15; CAS 2002/O/373, *Canadian Olympic Committee (COC) & Beckie Scott / International Olympic Committee (IOC)*, 18 Dicembre 2003, para. 14.

[63] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 1326.

[64] Il ruolo della CAS come "regolatore più adatto" a supervisionare il sistema sportivo internazionale è sostenuto da M. MAZZUCCO & H. FINDLAY, *The Supervisory Role of the Court of Arbitration for Sport in Regulating the International Sport System*, INT'L J. SPORT & SOC'Y, 2010, p. 131 ss.

[65] Tale dibattito si è svolto, per esempio, in relazione ai rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, per arrivare a una loro "sistemazione" in termini dualisti: «il diritto internazionale esiste quale sistema di regole originarie, vigenti in una propria sfera, derivate da proprie fonti e garantite da propri strumenti, e non quale "diritto pubblico esterno" allo Stato». P. ZICCARDI, *Ordinamento giuridico (dir. intern.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1980, p. 766. Si veda anche, primo su queste tematiche, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 33 ss. Tale dibattito si svolge, poi, attraverso innumerevoli scritti e contributi dottrinali, anche in riferimento ad altri aspetti come, per esempio, dibattito circa la possibilità di definire l'esistenza e il carattere vincolante di una *lex mercatoria* o di regole oggettive del commercio internazionale, o di un «ordinamento giuridico dell'arbitrato commerciale internazionale». Su quest'ultimo tema, E. GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, The Hague, 2008, p. 60 ss.

[66] L. FUMAGALLI, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche*, cit., p. 493. Sul punto, anche A. M. GAMBINO, *Principi e prassi dell'arbitrato sportivo*, RIV. DIR. SPORT., 2017, p. 122.

ISSN 2036-7821

legge scelta dalle parti, ovvero, in assenza di simile scelta, nel rispetto della legge Svizzera. Le parti possono autorizzare il Collegio a decidere ex aequo et bono»[67].
Dalla analisi di tale disposizione, pertanto, si evince come le parti siano libere di scegliere la legge applicabile al merito.
Per il procedimento di Appello, l'art. R58 del Codice CAS prevede che «[i]l Collegio dovrebbe decidere la controversia nel rispetto delle normative applicabili e, in subordine, delle norme della legge scelta dalle parti, ovvero, in assenza di simile scelta, nel rispetto della legge del paese nel quale si trova il domicilio della federazione, associazione ovvero dell'organismo dello sport che ha emanato la decisione contestata ovvero in applicazione delle norme di legge che il Collegio ritiene appropriate. In quest'ultimo caso, il Collegio dovrebbe fornire la motivazione di tale decisione»[68].
Oltre alle regole arbitrali, la legge applicabile è quella Svizzera, anche alla luce del fatto che tutti gli arbitrati dinanzi alla CAS hanno sede a Losanna. Infatti, la pronuncia della CAS può essere impugnata «secondo le disposizioni del diritto svizzero. In particolare, laddove l'arbitrato possa essere considerato "internazionale" ai sensi della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato (la LDIP), il lodo può essere impugnato di fronte al Tribunale federale svizzero per uno (o più) dei motivi tassativamente enumerati dall'art. 190 comma 2 LDIP»[69].
In base al meccanismo testé descritto è derivata, dunque, l'elaborazione, attraverso la "giurisprudenza" dei collegi della CAS, di principi generali, «di valenza sia sostanziale che procedurale, del diritto transnazionale dello sport, tratti da

[67] In mancanza di *electio juris*, «i collegi della Camera ordinaria applicheranno il diritto svizzero anche nelle controversie che non presentano nessun legame con la Svizzera». A. RIGOZZI, *Arbitrati e Tribunale internazionale sportivo*, in M. RUBINO SAMMARTANO (diretto da), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, p. 1153. In mancanza dell'esercizio della facoltà di scelta ad opera delle parti, il potere di decidere la controversia in applicazione del diritto cui la fattispecie risulta essere maggiormente connessa. A tal proposito, *GFA c. UEFA*, CAS 2002/0/410, 7 ottobre 2003, in *Raccolta TAS III*, p. 68. In aggiunta, «to the extent that it deems it appropriate, the Panel may apply general principles of law, which are applicable as a type of lex mercatoria for sports regardless of their explicit presence in the applicable [regulations]».

[68] Art. R58 CAS, regole procedurali.

[69] L. FUMAGALLI, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche*, cit., p. 491, nota 13. L'art. 176, comma 1, *Loi fédérale sur le droit international privé*, del 18 dicembre 1987 stabilisce che «[l]es dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse», così sancendo l'applicabilità delle disposizioni del capitolo XII, dedicato all'arbitrato internazionale, con riferimento a ogni arbitrato la cui sede si trovi in Svizzera. Invero, tale legge soccorre nel caso in cui un particolare aspetto non possa essere sussunto in alcuna disposizione del codice CAS, sebbene quest'ultima rappresenti la normativa privilegiata per le diverse procedure innanzi alla medesima Corte. A. M. GAMBINO, *Principi e prassi dell'arbitrato sportivo*, cit., pp. 122-123. In tema di impugnazione del lodo, si veda generalmente G. VERDE, *La riforma dell'impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, RIV. DIR. PROC., 2016, p. 965 ss; M. FORNACIARI, *Gli effetti del lodo e il falso problema della natura negoziale oppure giurisdizionale dell'arbitrato*, RIV. ARB., 2015, p. 247 ss.

ISSN 2036-7821

ordinamenti interni, ma con essi non coincidenti, tanto che in essi si è vista l'espressione di una vera e propria lex sportiva anazionale»[70].
In particolare, tali principi saranno efficaci negli ordinamenti interni in base alla Convenzione di New York, la quale, salvo il limite dell'ordine pubblico, non consente il riesame del merito deciso con il lodo del quale si chiede l'esecuzione[71].
Pertanto, la determinazione del diritto applicabile al merito della controversia avverrà, in prima istanza, sempre secondo la volontà delle parti; qualora, invece, le parti non esercitino questa prerogativa, «conferendo agli arbitri un mandato che difetti della previa individuazione del diritto applicabile o dei criteri per risalire ad esso, di solito, la scelta sarà rimessa allo stesso tribunale arbitrale, che potrà così godere di un'ampia libertà»[72].

---

[70] L. FUMAGALLI, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche*, cit., p. 493. Si veda in proposito la giurisprudenza CAS citata da D. HAHN, *Présentation de la jurisprudence du TAS*, in *Recueil TAS*, 1993, p. 7 ss, in cui si dà rilievo ai principi del *fair play* (lodo CAS 86/01 30 gennaio 1987), della buona fede (lodo CAS 87/10, 15 luglio 1989), della uguaglianza e non discriminazione (lodo CAS 90/44, 24 settembre 1991). Particolarmente significativo è poi il lodo reso il 25 marzo 1993 (CAS 92/80); in tale sentenza gli arbitri hanno rilevato, in assenza di designazione ad opera delle parti della legge applicabile al merito della controversia, l'insufficienza del collegamento della fattispecie con un l'uno o l'altro ordinamento nazionale e ritenuto di dover trarre la soluzione esclusivamente dalle normative statutarie e regolamentari della Federazione internazionale pallacanestro (FIBA). Infatti, a parere del collegio, «le droit fédératif adopté par cette fédération constitue une réglementation de droit privé, ayant une vocation internationale, voire mondiale, à s'appliquer dans le domaine des règles de sport régissant le basketball. Pour résoudre ce litige, le tribunal arbitrale a donc appliqué ce droit fédératif, sans recourir à l'application de telle ou telle loi national au fond. Il a interprété les dispositions de ce droit fédératif à la lumière des principes généraux du droit». Più di recente un altro collegio (lodo CAS 98/2000, 20 agosto 1999, *AEK Athens and Slavia Prague c. UEFA*) ha sottolineato come «sports law has developed and consolidated along the years, particularly through the arbitral settlement of disputes, a set of unwritten legal principles – a sort of lex mercatoria for sports or, so to speak, a lex ludica – to which national and international sports federations must conform, regardless of the presence of such principles within their own statutes and regulations or within any applicable national law, provided that they do not conflict with any national "public policy" ("ordre public") provision applicable to a given case».

[71] Sul punto, si veda A. GIARDINA, *L'inapplicabilità ai lodi arbitrali stranieri dell'istituto della revisione del merito*, RIV. ARB., 1991, p. 292 ss. La natura arbitrale delle sentenze rese dalla CAS apre la via alla loro circolazione internazionale, «sotto riserva della verifica della rispondenza di ciascun lodo ai requisiti stabiliti dalle norme applicabili in materia e soprattutto dalla convenzione di New York del 10 giugno 1958 per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, applicabile anche ai lodi emessi da istituzioni arbitrali permanenti alle quali le parti si siano volontariamente sottoposte». L. FUMAGALLI, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche*, cit., p. 492.

[72] A. MERONE, *Il Tribunale Arbitrale dello Sport*, cit., p. 221. La dottrina è orientata quasi unanimemente nel ritenere che l'individuazione delle regole del diritto a opera delle parti o degli arbitri, non sia limitata alle discipline previste dai vari diritti nazionali ma, possa cadere su "norme non statali". Si pensi, per esempio: (i) alle regole materiali derivanti dalla Camera di Commercio Internazionale per regolare alcune operazioni del commercio internazionale quali, verbigrazia, gli *Incoterms* (Acronimo di *International commerce terms*, definiscono in maniera univoca diritti e doveri dei soggetti giuridici coinvolti in un'operazione di trasferimento di beni a carattere internazionale. Si veda D. MILAN, *Incoterms*, in AA. VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Clausole ricorrenti, interessi e adempimenti*, Torino 2005, pp. 621-662); (ii) ai principi generali del commercio internazionale, rispetto ai quali le parti potranno manifestare la propria adesione, anche attraverso il rinvio alla formulazione, realizzata dall'Unidroit, dei principi applicabili ai contratti del commercio internazionale (Si

ISSN 2036-7821

4. *Il contributo della CAS alla creazione della lex sportiva.*

Tra le diverse attività svolte dalla CAS, alcune sono particolarmente rilevanti per la formazione del diritto sportivo globale. In particolare, è possibile distinguere almeno tre funzioni diverse.

(i) In primo luogo, la CAS applica i principi generali di diritto alle istituzioni sportive, creando anche specifici "*principia*".

(ii) In secondo luogo, svolge un ruolo significativo nell'interpretazione del diritto dello sport, influenzando e condizionando così l'attività normativa delle istituzioni.

(iii) In ultimo, contribuisce un forte impulso all'armonizzazione del diritto sportivo mondiale, rappresentando una sorta di Corte suprema, l'apice di un complesso insieme di meccanismi di revisione diffusi in tutto il mondo[73].

4.1. *Sviluppo di principi giuridici comuni.*

L'attività ermeneutica della CAS si declina in due direzioni: (i) da un lato, si colloca la casistica di quei provvedimenti che applicano o fanno riferimento a principi generali del diritto e, (ii) dall'altro lato, emerge l'attività poietica del decisore nell'elaborare principi innovativi specificamente concepiti e ritagliati per il mondo dello sport[74].

Nel primo caso, la CAS fa sovente riferimento a principi di diritto internazionale pubblico. Nel caso *Dodô*, per esempio, la federazione calcistica nazionale brasiliana (*Confederação Brasileira de Futebol*) è stata ritenuta responsabile delle decisioni emesse dal *Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol* (STJD) in virtù del principio secondo cui «States are internationally liable for judgments rendered by their courts, even if under their constitutional law the judiciary is wholly independent of the executive branch»[75].

---

vedano in merito le riflessioni di M. J. BONELL, *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti: i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Milano 2006, pp. 20-25); (iii) senza dimenticare, più ampiamente, i principi generali del diritto.

[73] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 1327.

[74] J. A. R. NAFZIGER, *Lex Sportiva and CAS*, cit., p. 409 ss.

[75] CAS 2007/A/1370, *FIFA v. Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol & Confederação Brasileira de Futebol & Mr. Ricardo Lucas Dodô*; CAS 2007/A/1376, *WADA v. Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol & Confederação Brasileira de Futebol & Mr. Ricardo Lucas Dodô*, para. 88. Un altro esempio proviene direttamente dal Regolamento arbitrale dei Giochi Olimpici, che stabilisce che la CAS «shall rule on the dispute pursuant to the Olympic Charter, the applicable regulations, general principles of law and the rules of law, the application of which it deems appropriate». Si veda http://www.tas-cas.org/.pdf. Consultato il 10 dicembre 2022.

ISSN 2036-7821

Inoltre, la CAS adotta spesso principi di diritto pubblico, come quelli del giusto processo, dell'obbligo di motivazione e dell'equità processuale[76]. Pertanto, emerge una differenza rilevante rispetto ad altre forme di diritto globale o transnazionale, come la *lex mercatoria*[77]; infatti, mentre quest'ultima adotta principi che sono per lo più, se non esclusivamente, basati sul diritto privato, la *lex sportiva*, e in particolare i lodi della CAS, si sono sviluppati prevalentemente utilizzando principi di diritto pubblico e pan-processuale, con particolare enfasi anche per quelli tratti dal diritto penale e dal diritto amministrativo[78].

La Corte stessa, infatti, ha sottolineato che esiste «an evident analogy between sports-governing bodies and governmental bodies with respect to their role and functions as regulatory, administrative and sanctioning entities»[79].

Per questo motivo la Corte spesso esamina le azioni delle istituzioni sportive paragonandole alla pubblica amministrazione. Nel caso *Pistorius v. IAAF*, verbigrazia, la CAS ha valutato il processo decisionale seguito dalla IAAF per verificare se la decisione contestata dall'atleta fosse «procedurally unsound»[80].

---

[76] Con riferimento al principio di equità procedurale, si rinvia a CAS 2008/O/1455, *Boxing Australia v. AIBA*, 16 aprile 2008. In dottrina, si veda A. MERONE, *Arbitrato sportivo internazionale e garanzie del giusto processo*, RIV. DIR. SPORT, 2020, pp. 110-123. L'autore, in tema di giusto processo, afferma come «[a]bbandonato il dato letterale e formalistico che voleva l'arbitrato estraneo alla nozione di 'tribunale costituito per legge', in quanto fenomeno sorretto dalla sola volontariamente negoziale delle parti, si è ben presto giunti a riconoscere l'applicazione dell'art. 6 all'arbitrato obbligatorio, la cui individuazione (e imposizione) per legge, ai finite della risoluzione delle controversie, riproduce un'esigenza di rispetto delle garanzie del giusto processo analoga a quella si impone ad una corte nazionale». *Ibid*.

[77] Per una riflessione in tema di *lex mercatoria*, M. J. BONELL, *La lex mercatoria e i principi UNIDROIT: un dialogo con Francesco Galgano*, Milano, 2006; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001. Si tratta, in breve, di un diritto a formazione "spontanea", ossia costituito dalle regole elaborate in maniera autonoma dagli operatori del commercio internazionale e, quindi, «dalle pratiche contrattuali (ovvero l'insieme di clausole tipiche e contratti standard a cui si è fatto in precedenza cenno), almeno allorché risultino così largamente conosciute e così generalmente osservate nel ramo commerciale considerato e rispetto a quella determinata tipologia di contratti da poter essere qualificate come veri e propri usi del commercio internazionale». P. F. SOLETI, *I contratti del commercio internazionale tra ordinamenti statali e lex mercatoria*, DIR. COMM. INT., 2017, p. 49. Sul punto, *ex multis*, B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives*, JOUR. DR. INTERN., 1979, p. 487 ss. F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Padova, 2009, p. 43. Per un approfondimento sulla clausola di forza maggiore nel diritto sportivo G. GUZZARDI, *Causa di forza maggiore e contratti di diritto sportivo*, RIV. DIR. SPORT., 2021.

[78] A tal fine molti hanno ritenuto di poter utilizzare la stessa formula evocativa insita nel concetto di *lex mercatoria* o *lex electronica*. S. M. CARBONE, *Il contributo della lex mercatoria alla precisazione della lex sportiva*, in E. GREPPI & M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2010, p. 241 ss.; A. RÖTHEL, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica - Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaats?*, JURISTENZEITUNG, 2007, p. 755; B. KOLEV, *Lex Sportiva and Lex Mercatoria*, INT'L SPORTS L. J., 2008, n. 1-2, p. 57 ss. F. LATTY, *La lex sportiva. recherche sur le droit transnational*, in *Études de Droit International*, cit., p. 320. Per esempio, nel caso CAS-JO[-TUR] 06/008, *Isabella Dal Balcon v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) & Federazione Italiana Sport Invernali (FISI)*, l'attività del Comitato Olimpico Nazionale Italiano e della Federazione Italiana Sci, che avevano escluso un atleta dalla squadra olimpica, è stata giudicata «arbitrary» e «unfair».

[79] CAS 98/200, *AEK Athens & S.K. Slavia Prague v. UEFA*, decisione del 20 agosto 1999, para. 58.

[80] CAS 2008/A/1480, con specifico riferimento ai paragrafi 56 ss.

ISSN 2036-7821

Statisticamente, il principio che più ricorre nelle decisioni della CAS è quello del giusto processo, che assurge inequivocabilmente a elemento cardine e pivotale anche nel diritto sportivo mondiale[81]. In questo senso, proprio la giurisprudenza in tema di antidoping è fondamentale se si considera che il Codice Mondiale Antidoping – che riconosce il diritto degli atleti a un'equa udienza nei processi – è entrato in vigore solo nel 2003[82].

Il ruolo della CAS, da questo punto di vista, è quello di fungere da legislatore[83]. In particolare, la Corte ha affermato il proprio ruolo nel "sanare" i difetti procedurali, il che significa che tali difetti possono essere risolti davanti alla CAS[84].

In talune circostanze, inoltre, la Corte non si limita ad applicare i principi generali di diritto, ma sviluppa anche "nuovi" principi.

Questo accade, per esempio, ogni volta che la CAS ricorra ai cosiddetti "*principia sportivi*" (cioè principi sviluppati eminentemente per lo sport, come il già menzionato "*fair play*" o il principio di responsabilità oggettiva applicato ai casi di doping)[85]. Questo esempio fornisce un interessante caso di legge "creata" dal giudice a livello internazionale.

Il ruolo creativo della giurisprudenza non è nuovo. Una singola decisione o un orientamento giurisprudenziale, infatti, «possono essere trattati dagli operatori come

---

[81] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 1328.

[82] Su tale aspetto, M. S. STRAUBEL, *Doping Due Process: A Critique of the Doping Control Process in International Sport*, DICKINSON L. REV., 2002, p. 523 ss; D. PANAGIOTOPOULOS, *International Sports Rules' Implementation-Decisions' Executability: The Bliamou Case*, MARQUETTE SPORTS L. REV., 2004; R. PARDOLESI, *La legge 17 ottobre 2003, n. 280 e la questione delle situazioni soggettive connesse con l'ordinamento sportivo*, DIR. ECON. SPORT, 2011. Tra l'altro, in tema di arbitrato nei casi di doping, gli atleti sono vincolati dalle norme antidoping previste dal Codice e dal relativo quadro arbitrale. In pratica, «this is a form of compulsory arbitration, the individual only having a choice between accepting the arbitration agreement or refraining from participation in organized sports altogether». U. HAAS, *Revising the world anti-doping code*, in U. HAAS & D. HEALEY (eds.), *Doping in sport and the law*, Oxford, 2016, p. 26. Ciò è stato ribadito dalla CEDU nella sentenza *Mutu and Pechstein v. Switzerland*.

[83] Tra i primi in argomento, J. LEVER, *Why Procedure Is More Important than Substantive Law*, INT'L COMPARATIVE L. QUART., 1999, p. 285 ss.

[84] In particolare, una violazione procedurale non è sufficiente di per sé per annullare una decisione appellata (si veda CAS 2001/A/345, *Digest of CAS Awards III*; è necessario accertare che la violazione procedurale abbia influito sull'esito del caso. Ogni volta che un difetto procedurale o un'iniquità nella procedura interna di un organismo sportivo potevano essere sanati attraverso il giusto processo concesso dalla CAS, e la decisione nel merito della decisione appellata era quella corretta, i panel della CAS non hanno esitato a confermare la decisione appellata. Tale principio è stato affermato per la prima volta ne caso CAS 2004/A/777, *ARcycling AG v. Union Cycliste Internationale (UCI)*, 31 gennaio 2005, para. 56. Si veda anche CAS 2006/A/1175, *D. v. International Dance Sport Federation*, 26 giugno 2007, para. 18, in cui si afferma «the virtue of an appeal system which allows for a full rehearing before an appellate body is that issues relating to the fairness of the hearing before the tribunal of first instance "fade to the periphery" (CAS 98/211, B. v. Fédération Internationale de Natation, CAS Digest II, 255, 264, citing Swiss doctrine and case law)».

[85] Sul concetto di responsabilità si veda J. SOEK, *The strict liability principle and the human rights of athletes in doping cases*, Rotterdam, 2007. Si consulti anche E. LOQUIN, *L'utilisation par les arbitres du TAS des principes généraux du droit et le développement d'une Lex sportiva*, in A. RIGOZZI & M. BERNASCONI, *The proceedings before the court of arbitration for sport, CAS & FSA/SAV*, cit., p. 101 ss.

ISSN 2036-7821

vincolanti, o alta-mente persuasivi […] anche senza essere particolarmente fantasiosi o inventivi da un punto di vista semantico: ad esempio, il diritto vivente potrebbe semplicemente attestarsi sul significato letterale della disposizione normativa»[86].
In tal senso, «la giurisprudenza consolidata» e «il diritto vivente» rappresentano i costrutti più rassicuranti cui si ricorre in questi casi, sebbene non esistano formule chiare e condivise per individuare ne' l'una né l'altro[87].

---

[86] R. PARDOLESI & G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, FORO IT., 2017, P. 116. Soprattutto nei paesi di *civil law* è largamente diffusa la convinzione che «l'attività del giudice non sia solo applicativa del diritto dato per legge, ma sia anche creativa di un diritto nuovo. Le ragioni del fenomeno sono diverse: anzitutto le norme generali ed astratte che il giudice è chiamato ad applicare possono essere suscettibili di interpretazioni diverse, tutte compatibili con il dettato normativo». F. GALGANO, *Il precedente giudiziario in civil law*, in *Atlante di Diritto Privato Comparato*, F. GALGANO (a cura di), Bologna, 2006, p. 29. L'interpretazione della legge «non deve condurre necessariamente ad un'unica decisione come la sola esatta, bensì a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore in quanto corrispondono alla norma da applicarsi». H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pp. 87. L'attività del giudice di interpretazione e adeguamento del diritto scritto alla realtà e la trasformazione di questo in "diritto vivente" fa assumere all'interprete un ruolo rilevante ai fini della effettività nell'ordinamento dei precetti posti dalla legge. In questa ottica, il precedente giudiziario è da tempo oggetto di analisi in merito agli effetti di una giurisprudenza come fonte del diritto. Sul precedente giudiziario e sulla creatività della giurisprudenza come fonte di diritto, tra la vasta bibliografia, si segnalano R. BENDITT, *The rule of Precedent*, in *Precedent in Law*, Oxford, 1987, p. 89 ss; W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, Padova, 1989; M. BESSONE, *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996; R. CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, 1968; F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, CONTR. IMPR., Padova, 1985, p. 701 ss; G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, FORO IT., 1964, p. 80; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 1997; M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, 1994 p. 383 ss; G. TREVES, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971; G. VISINTINI, *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente*, Padova, 1988; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli 2006. Sul punto, si vedano anche R. PARDOLESI & M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, FORO IT., 2013, p. 187 ss; P. PARDOLESI & B. SASSANI, *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, FORO IT., 2016, p. 299 ss; M. CASORIA & R.. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, «private enforcement» e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, FORO IT., 2015, p. 2752.

[87] Il sintagma «diritto vivente» è utilizzato in diversi contesti e in differenti accezioni, per indicare la *communis opinio* maturata nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine al significato normativo da attribuire ad una determinata disposizione. Secondo la prevalente dottrina, «la verbalizzazione del formante giurisprudenziale nella dottrina del diritto vivente» è conseguita proprio «alla riflessione condotta dalla Corte costituzionale che con la propria giurisprudenza ha riconosciuto espressamente il suo valore». M. CAVINO, *Diritto vivente* [aggiornamento], voce in *Digesto pubbl.*, 2010. Tra i moltissimi contributi sul tema, si vedano G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinita` dei sistemi giuridici?*, SOCIOLOGIA DIR., 2008, p. 47; A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente* (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138), GIUR. COST., 1998, p. 1082; A. ANZON, *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, GIUR. COST., 1984, I, p. 300; T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, RIV. DIR. PROC., 1957, p. 352; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, RIV. DIR. PROC., 1958, p. 14 ss; AA.VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003; F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodita` del giudicare)*, RIV. DIR. PROC., 1949, I, p. 41 ss; F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, IUSTITIA, 1993, p. 54; M. TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, L. GIANFORMAGGIO & M. JORI (a cura di), Milano, 1997; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, RIV. TRIM. DIR. PROC. CIV., 2007, p. 709 ss. Per riferimenti nella la letteratura straniera, *ex plurimis*, T. BOMBOIS & N. DUPONT, *Le droit constitutionnel belge réceptionne-t-il la théorie du «droit vivant»? Juridiction constitutionnelle et interprétation consolidée de la loi*, in M. CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milano, 2009, p. 113 ss; J. BORE & L. BORE, *La Cassation en matière civile*, Parigi, 2003;

ISSN 2036-7821

Esistono, in verità, alcune acquisizioni giurisprudenziali che rappresentano punti fermi (si pensi, per esempio, alla risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione di diritti inviolabili) o alcune creazioni giurisprudenziali in materia di diritti della personalità; tuttavia, «al di fuori di questi non numerosissimi casi è possibile trovare precedenti giurisprudenziali, anche molto autorevoli, idonei a suffragare qualunque tesi interpretativa»[88].
In effetti, riportando il discorso all'oggetto del presente scritto, l'emergere di regimi normativi globali e di tribunali transnazionali porta allo sviluppo di insiemi autonomi e autoctoni di norme, principi e procedure. In questo processo, si verificano due fenomeni distinti. In primo luogo, questi regimi imitano l'apparato dello Stato, selezionando linee guida e meccanismi che possono essere adattati ai loro contesti, e in secondo luogo, cercano di sviluppare i propri principi giuridici di diritto materiale (uniforme), che divengono vincolanti all'interno del regime che li ha creati[89].

4.2. *L'interpretazione del diritto sportivo e l'influenza sull'attività normativa.*
Il secondo ruolo svolta dalla CAS nell'elaborazione della *lex sportiva* è l'influenza che esercita sull'attività normativa delle istituzioni. Questo ruolo è collegato all'ufficio svolto dalla Corte nell'interpretazione del diritto sportivo.
La funzione nomofilattica è stata, infatti, spesso enfatizzata in considerazione della portata normativa di molte delle sentenze rese dalla CAS, inducendo all'idea di una *lex sportiva* plasmata dagli arbitri della Corte o, quantomeno, da questi rielaborata e costantemente integrata[90].

E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad. it., Milano, 1976; R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, AMER. LAW REV., 1910, 12 ss.

[88] R. PARDOLESI & G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, cit., p. 121. Come ricorda S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, RIV. TRIM. DIR. PROC. CIV., 2002, p. 7 ss, «nei settori in cui imperano i contrasti giurisprudenziali, la giurisprudenza non opera come fonte del diritto, ma come fonte di confusione». *Ibid*.

[89] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 1330. Il primo fenomeno contribuisce allo sviluppo di principi di diritto pubblico e amministrativo a livello globale attraverso un processo mimetico. Il secondo è un tentativo di costruire ordini giuridici autonomi e completi. Questo fenomeno, tuttavia, incontra molti ostacoli, soprattutto perché questi regimi rimangono spesso in qualche modo legati allo Stato. Per quanto riguarda lo sport, i lodi della CAS, per esempio, possono essere eseguiti in base alla Convenzione del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri (la cosiddetta "Convenzione di New York") e possono essere impugnati davanti al Tribunale federale nazionale. In questo caso, il legame tra i lodi della CAS e il diritto internazionale privato ha rafforzato il ruolo della Corte e garantisce l'efficacia delle sue decisioni. In altre parole, per creare un "tribunale" internazionale efficace per lo sport, era necessario scegliere un arbitrato internazionale ancorato al sistema basato sulla Convenzione di New York del 1958.

[90] In proposito A. CARLEVARIS, *Arbitrato sportivo, regole di concorrenza comunitaria e principi generali di diritto*, RIV. ARBITRATO, 2001, pp. 557-559. L'autore, in particolare, nell'analizzare il parallelo tra *lex mercatoria* e *lex sportiva* si mostra critico, sollevando «qualche dubbio sulla stessa configurabilità di un complesso normativo che si imporrebbe all'osservanza dei soggetti interessati in virtù della sua semplice esistenza e diffusione in un determinato ambiente sociale». *Ibid*. In altri termini, sarebbe più opportuno presupporre l'esistenza di valori

ISSN 2036-7821

La creazione della CAS e la sua elezione a tribunale internazionale volto a dirimere le controversie, come ultimo e più alto grado della giustizia sportiva, ha perfezionato l'autonomia dell'ordinamento giuridico sportivo internazionale.[91]
La sua capacità di dissimulare principi generali applicabili alle controversie sportive e asservire, mediante il controllo di legalità, le decisioni delle federazioni internazionali e nazionali a tali principi, ha rafforzato la funzione nomofilattica della Corte[92].
L'interpretazione, in particolare, ha luogo mediante un confronto tra la norma e le finalità della *lex sportiva*, in funzione delle quali la CAS ricorre ai principi generali in una prospettiva teleologica[93].
Una volta che il principio sportivo sia stato acquisito alla dimensione del diritto transnazionale, esso ne circoscrive il contenuto e ne garantisce il coordinamento con gli altri principi della *lex sportiva*, oltre che con gli obiettivi della stessa[94].
Formalmente, non esiste un principio di vincolatività per le sentenze della CAS, il che significa che nessun collegio giudicante è obbligato a conformarsi a decisioni precedenti emesse da omologhi giudicanti[95].
Tuttavia, i collegi dimostrano una costante deferenza nei confronti della giurisprudenza della CAS e gli arbitri fanno spesso riferimento a decisioni precedenti di detta Corte[96].

---

giuridici «rilevanti non già sul piano negoziale, o per il riferimento ad essi da parte di un ordinamento interno competente, ma complesso "oggettivo" di norme, comunque applicabili in difetto di espressa esclusione». *Ibid*. Ancora, per quel che concerne la funzione nomofilattica della CAS, J. ADOLPHSEN, *Eine lex sportiva für den Internationalen Sport?*, in *Jahrbuch der Gesellschafl Junger Zivilrechlswissenschaftl*er, 2003, pp 281-301 ss; F. BUY, *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, Aix-en-Provence, 2002, pp. 219, 262 e 324 ; A. CAIGER & S. GARDINER, *Postscript: Legal Intervention and the Possibility of Enlightened Governance, in Professional Sport in the EU: Régulation and Re-regulation*, The Hague, 2000, pp 101-102; F. LATTY, *Le Comité international olympique et le droit international*, Parigi 2001, p. 149 ss.

[91] A. CARLEVARIS, *Arbitrato sportivo, regole di concorrenza comunitaria e principi generali di diritto*, cit., pp. 557-559.

[92] L. SILANCE, *Les ordres juridiques dans le sport*, in E. BOURNAZEL, *Sport et droit*, Bruxelles, 2001, p. 113; si veda anche, in termini più generici F. RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 213, 1989, p. 69 ss.

[93] A. MERONE, *Il Tribunale Arbitrale dello Sport*, cit., p. 216.

[94] *Ibid*. Nella sentenza Kibunde, il collegio arbitrale, valutando la conformità delle regole AIBA ai principi di uguaglianza e di proporzionalità, precisa come essi «apparaissent de surcroît indispensables au bon déroulement des compétitions de boxe et sont nécessaires à la protection de l'intégrité physique des boxeurs ou au respect du principe d'égalité de traitement qui assure un tournoi aux athlètes et aux spectateurs un tournoi qui garantit l'équité sportive et le fair-play». Lodo TAS JO-SYD 00/004, *C.O.C. e J. Kibunde vs A.I.B.A.*, 18 septembre 2000, in *Rec*. II, p. 622 e ss, e in *Journal du droit international*, 129 (2001), p. 256, § 10.

[95] La giurisprudenza spagnola ha affermato che «[...] sebbene esista, e sia persino auspicabile, una stretta relazione tra le federazioni sportive internazionali e quelle nazionali, e le norme delle prime possano bensì costituire un modello per le seconde, le norme degli organismi sportivi internazionali non costituiscono una fonte di diritto, potendo gli organismi sportivi nazionali adeguarsi a tali norme solo nei limiti in cui sono compatibili con l'ordinamento giuridico nazionale». Giudice I istanza, Barcellona, 18 novembre 1991, RIV. DIR. SPORT., 1992, p. 392.

ISSN 2036-7821

In base a tale regola informale, ma di eminente valenza persuasiva, il precedente prodotto dalla CAS esercita una forte influenza quando ci si muove nel diritto sportivo. L'esempio più chiaro è quello delle norme antidoping[97].
Infine, un'ulteriore fattispecie che evidenzia il ruolo svolto dalla CAS nell'ambito del *rulemaking* è l'emissione di pareri a seguito delle richieste del CIO, delle Federazioni internazionali, della WADA o di altre istituzioni sportive. Pur non essendo vincolanti, infatti, tali pareri possono esercitare una *moral suasion* e influenzare le scelte dei predetti organismi. In questo caso, la Corte agisce come il *Conseil d'Ètat* francese o il Consiglio di Stato italiano, i quali non operano solo come giudici ma esplicano anche una funzione di supporto nei confronti dell'attività normativa del Governo[98].

4.3. *Armonizzazione delle norme globali attraverso la procedura d'appello.*

Infine, la terza funzione della CAS è quella relativa alla armonizzazione normativa, che si esplicita in sede di appello; una funzione, questa, che è la conseguenza della necessità di colmare le carenze e le lacune all'interno del panorama normativo. La CAS, infatti, rappresenta l'apice di un sistema giudiziario composto da due o, in taluni casi, tre livelli.

---

[96] Si tratta di un'analogia tra la CAS e altri tribunali internazionali, come quelli del WTO. Sebbene non esista un principio formale di *stare decisis* nelle decisioni dell'organo d'appello o dei panel del WTO, essi tendono a seguire la propria "giurisprudenza" precedente come prassi. Per un approfondimento in tema R. BHALA, *The Myth about Stare Decisis and International Trade Law*, AM. U. INT'L L. REV., 1999, p. 845 ss; R. BHALA, *The Precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication*, J. TRANSN. L. & POL'Y, 1999; R. BHALA, *Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis in WTO Adjudication*, GEORGE WASH. INT'L L. REV., 2001, p. 837 ss.

[97] In questo caso, durante il processo di formazione del Codice Mondiale Antidoping (sia nella prima versione che in quella riveduta), le decisioni della Corte hanno rappresentato la pietra miliare, e il commento al Codice fa riferimento alla giurisprudenza della CAS nei commenti relativi a specifici articoli. In tal senso, nello specifico, per garantire una sua uniforme applicazione, «il Codice WADA 2015 prevede – allo stesso modo delle sue precedenti versioni – una concentrazione di competenza in favore del TAS (art. 13.1). Si tratta di una giurisdizione arbitrale obbligatoria, visto che lo sportivo avrà quale unica scelta quella di accettare la relativa clausola arbitrale, oppure di rinunciare a partecipare allo sport organizzato o ad esercitare funzioni al suo interno». U. HAAS & D. BOCCUCCI, *Il codice mondiale anti-doping 2015*, RIV. DIR. SPOR., 2015, pp. 11-12. L'ammissibilità di una tale giurisdizione arbitrale obbligatoria è stata ultimamente contestata sia dinanzi al TAS, che dinanzi alle corti statali.

[98] Il riferimento, in questo caso, è alla legge n. 127/1997 la quale riconduce l'obbligatorietà dei pareri del Consiglio di Stato quasi esclusivamente agli atti normativi del Governo. Sul punto, per un approfondimento S. RAIMONDI, *Contro la giurisdizione unica e contro la separazione tra funzione consultiva e giurisdizionale*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, p. 77 ss. Gran parte della dottrina, sul tema, riprende la celebre teoria di Santi Romano di cui si è discusso nel primo paragrafo. Sul punto, il saggio di L. AMMANNATI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: limiti e potenzialità*, in Y. MENY (a cura di), *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, 1994, p. 345 ss. Di diverso avviso, tra gli altri, G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., p. 42 ss., che spiega con ragioni di ordine storico la costituzionalizzazione di entrambe le funzioni, contestando, «sul piano concettuale», l'esistenza, tra esse, di «un nesso indissolubile». Per l'autore «non è da escludere», nell'ambito di una futura riforma costituzionale, la previsione di una funzione consultiva limitata ai soli atti normativi del Governo (ed il venir meno, dunque, dell'attività di consulenza sull'«attività di gestione» della pubblica amministrazione). *Ibid*.

ISSN 2036-7821

I primi due livelli sono costituiti dai tribunali sportivi nazionali o da quelli delle federazioni sportive internazionali; al livello superiore, come tribunale di ultima istanza, si colloca la CAS.
Questo tipo di sistema crea un meccanismo di revisione centralizzato sulla scorta dei modelli di amministrazione della giustizia tipici del diritto processuale[99].
In ogni caso, un ricorso contro la decisione[100] di una federazione, di un'associazione o di un organismo sportivo può essere presentato alla CAS nella misura in cui lo statuto o il regolamento di tale organismo lo preveda o le parti abbiano stipulato una specifica convenzione arbitrale e, ancora, nella misura in cui il ricorrente abbia esaurito i rimedi giurisdizionali (come avviene, ad esempio, nel caso di ricorsi innanzi alla CEDU[101]) a propria disposizione[102].
La convenzione arbitrale rappresenta la base giuridica e la legittimazione per un intervento della CAS[103], che ha «full power to review the facts and the law»[104] così che «may issue a new decision which replaces the decision challenged or annul the decision and refer the case back to the previous instance»[105].

[99] Sul punto, si approfondisca con P. CARLUCCIO, *L'amministrazione della giustizia*, in S. CASSESE (a cura), *Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003.

[100] In tal senso, «[i]n order to determine whether there exists a decision or not, the form of a communication has no relevance […] What is decisive is whether there is a ruling—or, in the case of a denial of justice, an absence of ruling where there should have been a ruling—in the communication». (CAS 2004/A/748).

[101] A presidio della sussidiarietà del giudizio convenzionale l'art. 35, comma 1, CEDU «pone, tra le condizioni di ammissibilità di ogni ricorso, il principio del necessario esaurimento delle vie interne di tutela che potrebbero risolvere la situazione all'origine della doglianza». C. MASCIOTTA, *Il ricorso "diretto" a strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, p. 5. Disponibile al sito http://www.osservatoriosullefonti.it. Consultato il 14 dicembre 2022. Come affermano gli stessi giudici di Strasburgo la regola del previo esaurimento è lo strumento processuale di attuazione del principio di sussidiarietà che caratterizza il meccanismo internazionale di controllo sul rispetto della CEDU. Si veda *GC, Corte edu, Akdivar e altri v. Turchia*, 16 settembre 1996, § 65.

[102] Art. R47 CAS, regole procedurali. Si veda CAS 2008/A/1583, *Sporting Lisboa e Benfica Futebol SAD v. UEFA, & FC Porto Futebol SAD*; CAS 2008/A/1584, *Vitória Sport Clube de Guimarães v. UEFA, & FC Porto Futebol SAD*, 15 settembre 2008, para. 5.1. In particolare, «there must be a 'decision' of a federation, association or another sports-related body; the (internal) legal remedies available must have been exhausted prior to appealing to the CAS; the parties must have agreed to the competence of the CAS». Su questi aspetti, M. BERNASCONI, *When is a "Decision" an Appealable Decision?*, in A. RIGOZZI & M. BERNASCONI, *The proceedings before the court of arbitration for sport, CAS & FSA/SAV*, cit.

[103] Si tratta di una legittimazione diversa rispetto a quella delle istituzioni giudiziarie internazionali, di cui si parla in A. VON BOGDANDY & I. VENZKE, *On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking*, GERMAN L. J., 2011, pp. 1341-1370. Ciò è dovuto alla natura peculiare della CAS, che non è né un tribunale né un organo arbitrale propriamente inteso.

[104] J. P. KARAQUILLO, *Le rôle du Tribunal du sport en tant qu'instance d'appel externe aux fédérations sportives*, in A. RIGOZZI & M. BERNASCONI, *The proceedings before the court of arbitration for sport, CAS & FSA/SAV*, cit., p. 33.

[105] Art. R57 CAS, regole procedurali. In argomento, si veda A. RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, cit., p. 552 ss.

ISSN 2036-7821

Perché una controversia fra soggetti appartenenti a Federazioni diverse sia devoluta ad arbitri è necessario che sia preceduta da un patto (clausola compromissoria)[106] che risponda ai requisiti sia formali che sostanziali richiesti dalla Convenzione di New York del 1958[107], che sia stipulato in forma scritta e in cui si manifesti la volontà delle parti alla deroga alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria[108].
Infatti, con riferimento alla legittimazione ad agire, «any individual or legal entity with capacity to act may have recourse to the services of the CAS. These include athletes, clubs, sports federations, organisers of sports events, sponsors or television companies»[109].
La procedura d'appello, basata sulla revisione di una decisione emessa da un organismo sportivo, è un'altra peculiarità della CAS, rispetto ad altre forme di arbitrato internazionale[110]. All'interno di tale ordinamento, questo tipo di procedura è essenziale per garantire l'uguaglianza di trattamento degli atleti e per evitare

[106] In tema di clausola compromissoria, *inter alia*, V. COLESANTI, *Noterelle «controcorrente» in tema di arbitrato e litisconsorte non compromittente*, RIV. DIR. PROC., 2013, p. 791 ss; F. TOMMASEO, *Patto compromissorio e conciliazione nella consulenza tecnica preventiva: osservazioni a margine dell'art. 696-bis, cod. proc. civ.*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, 2010; A. BRIGUGLIO, *Le sezioni unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, RIV. ARB., 2002, p. 511 ss; C. PUNZI, *Le clausole compromissorie nell'ordinamento sportivo*, RIV. DIR. SPORT, 1987, p. 243 ss; E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915. La clausola compromissoria non va confusa con il c.d. vincolo di giustizia contenuto nei diversi statuti federali. Mediante tale "strumento", infatti, si obbligano le società e i tesserati a risolvere le controversie sportive dinanzi agli organi federali interni. La confusione tra i due elementi derivava, in passato, dalla formulazione ambigua degli statuti federali; tuttavia, è oramai pacifico che la presenza del mero vincolo di giustizia non è sufficiente; sul punto L. FUMAGALLI, *La giustizia sportiva*, in AA. VV., *Diritto dello Sport*, Firenze 2004, pp. 134-135.

[107] Per quanto riguarda gli aspetti formali, il parametro di riferimento principale è costituito dal dettato dell'art. 2 della Convenzione di New York, che prevede, ai fini del riconoscimento dell'accordo arbitrale, il requisito della forma scritta. L'aspetto della validità sostanziale dell'accordo arbitrale attiene, invece, al consenso delle parti di avvalersi dell'arbitrato per risolvere le controversie tra loro insorte o che dovessero sorgere successivamente. Per un approfondimento, si rimanda a A. ATTERITANO, *Questioni in tema di interpretazione ed esecuzione del lodo*, RIV. ARB., 2004, p. 523 ss; A. ATTERITANO, *Questioni in tema di "jurisdiction" nei procedimenti di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali stranieri disciplinati dalla Convenzione di New York*, RIV. ARB., 2003; G. ZARRA, *L'esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo Stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*, RIV. ARB., 2015, p. 516 ss; A. BRIGUGLIO, *L'accordo compromissorio e il lodo estero fra la convenzione di new york e le recenti novità legislative italiane*, GIUST. CIV., 1997, p. 497 ss.

[108] Si veda l'Art. 2, para. 2, della Convenzione di New York il quale recita che «[p]er «convenzione scritta» s'intende una clausola compromissoria inserita in un contratto, o un compromesso, firmati dalle parti oppure contenuti in uno scambio di lettere o di telegrammi». V. VIGORITI, *L'arbitrato del lavoro nel calcio. Commentario*, cit., p. 12. In tema, anche V. VIGORITI, *FIFA, arbitrato, ecc.*, RIV.ARB., 2002, p. 653.

[109] Sul punto si consulti il sito http://www.tas-cas.org/en/20questions.asp. Consultato il 9 dicembre 2022. In ogni caso, «for a dispute to be submitted to arbitration by the CAS, the parties must agree to this in writing» e, specificamente, «[s]uch agreement may be on a one-off basis or appear in a contract or the statutes or regulations of a sports organization. Parties may agree in advance to submit any future dispute to arbitration by the CAS, or they can agree to have recourse to the CAS after a dispute has arisen».

[110] R. H. MCLAREN, *Sports Law Arbitration by CAS: is it the Same as International Arbitration?*, PEPPERDINE L. REV., 2001, p. 101 ss.

ISSN 2036-7821

un'eccessiva influenza delle istituzioni sportive nazionali sui casi che riguardino gli atleti a queste aderenti[111].
Attraverso la procedura d'appello, la CAS collega e armonizza il diritto sportivo transnazionale e nazionale. Questa funzione è quindi strettamente connessa allo sviluppo di principi giuridici comuni, nonché «general principles of law drawn from a comparative or common denominator reading of various domestic legal systems and, in particular, the prohibition of arbitrary or unreasonable rules and measures»[112].
Pertanto, la CAS, al pari di un giudice internazionale, è «amené à déduire d'une comparaison des différent systèmes juridiques nationaux l'existence de règles de droit positif applicables à l'activité dont il est le juge»[113].
Ribadendo, nuovamente, la propria funzione nomofilattica, la Corte ricerca una soluzione a emersione quasi spontanea, mediante il ricorso a principi puramente sportivi: ciò, in particolare, nei casi in cui sia possibile declinare il principio sportivo in una serie di regole a esso strumentali e che siano in grado di colmare la lacuna[114].

5. *I rapporti tra la CAS e le Autorità nazionali.*

La creazione della CAS è anche riconducibile alla necessità di depotenziare il ruolo dei tribunali nazionali, percepiti come una "minaccia" per l'autonomia delle istituzioni stesse e, più in generale, dell'ordinamento sportivo[115].
Quindi, al fine di rafforzare il ruolo della CAS, la maggior parte delle Federazioni ha sciolto i propri organi arbitrali (per esempio, la IAAF), limitandosi a trattenere in alcuni casi la giurisdizione su ambiti specifici (per esempio, la FIFA non ha devoluto alla CAS le controversie riguardanti le violazioni delle regole del gioco del calcio)[116].
In alcuni casi, sono gli Stati stessi che eleggono la CAS come decisore di ultima istanza. In Italia, verbigrazia, le sanzioni per doping emesse dal Tribunale nazionale

[111] Si veda CAS 96/156, *F. v. FINA*, sentenza del 10 novembre 1997, in cui si sottolinea la necessità di garantire una revisione internazionale delle decisioni delle federazioni nazionali.
[112] K. J. ALTER, *Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation*, L. & CONTEMP. PROBS, 2008, p. 37.
[113] F. LATTY, *La lex sportiva. recherche sur le droit transnational*, in *Études de Droit International*, cit., p. 308.
[114] Per esempio, mediante il ricorso a principi quali quello di correttezza e lealtà nelle competizioni sportive, è stata giustificata la competenza delle federazioni sportive internazionali, onde prevenire il rischio di competizioni internazionali falsate «dans l'hypothèse où la fédération nationale ne sanctionnerait pas ou sanctionnerait de manière trop clémente l'un de ses membres pour lui permettre de participer à une épreuve importante». Lodo TAS 98/214 del 17 marzo 1999, *Djamel Boums [IJ c. Fédération internationale de Judo (FIJ)*, in *Rec.* II, p. 291. Nel caso di specie la lacuna era rappresentata dal fatto che la regolamentazione federale non prevedeva espressamente la possibilità di impugnare dinanzi al lodo TAS la sanzione in materia di *dopage*, poiché il controllo era stato ordinato dal Ministero francese dello sport e non dalla federazione. Sempre con riferimento al principio richiamato, si veda il lodo TAS 94/126 del 20 novembre 1998, *N[agel II] c. FEI*, in *Rec.* I, p. 129.
[115] J. ANDERSON, *'Taking Sports Out Of The Courts': Alternative Dispute Resolution and the International Court of Arbitration for Sport*, J. LEGAL ASPECTS OF SPORT, 2000, p. 123 ss.
[116] Si veda l'Art. 63 dello Statuto della FIFA.

ISSN 2036-7821

antidoping, un ente pubblico, possono essere appellate alla CAS[117]. In particolare, la Corte ha affermato che «the coexistence of national and international authority […] is a familiar feature, and it is well established that the national regime does not neutralize the international regime»[118].

Pertanto, la sovranità nazionale – cioè, in questo caso, il potere di sanzionare gli atleti – «n'a, en principe, vocation à s'appliquer que sur le seul territoire national» e «la décision nationale peut toutefois être remplacé par une décision de l'autorité internationale – le TAS – pour que soit assurée la nécessaire uniformité du droit»[119].

In conclusione, sarebbe possibile, in teoria, che uno Stato imponga le proprie decisioni durante gli eventi sportivi che si svolgono sul proprio territorio e contro la volontà della "*autorité internationale*"; tuttavia, se ciò accadesse, a quello Stato potrebbe essere inibita la possibilità di ospitare competizioni internazionali[120].

Alla luce del controllo fattuale delle decisioni amministrative da parte della CAS, ci si chiede se la sua prassi in questo senso possa costituire essa stessa l'esercizio di una prerogativa di pubblica autorità, pur poggiando su di una base di diritto privato.

In particolare, la *ratio* di quanto appena affermato sta nel fatto che in essa coesisterebbero due anime: una pubblica, l'altra privata. Una delle principali caratteristiche delle norme sportive, infatti, è rappresentata dal fatto che, accanto a regole di origine statale o interstatale convivono regole di natura privata (derivanti da statuti, regolamenti sportivi, sia a livello nazionale che a livello europeo e internazionale)[121].

Ne consegue un dato essenziale. Il meccanismo della CAS svolge una duplice funzione: esso garantisce il rispetto delle regole vigenti nei rapporti tra i partecipanti al fenomeno sportivo sia con efficacia per l'ordinamento dello sport sia per l'ordinamento statuale, ponendosi come alternativa rispetto alla giustizia "pubblica" dello stesso[122].

---

[117] CAS/A/1149 e CAS/A/1211, *World Anti-Doping Agency (WADA) v. Federación Mexicana de Fútbol (FMF) and Mr. José Salvador-Carmona Alvarez*, 16 maggio 2007; CAS 96/156, *F. v. FINA*, 10 novembre 1997; TAS 98/214, *B. v. Fédération Internazionale de Judo (FIJ)*, 17 marzo 1999; CAS 2005/A/872, *UCI v. Muñoz and Federación Colombiana de Ciclismo*; TAS 2006/A/1119, *Union Cycliste Internationale (UCI) v. L. & Real Federación Española de Ciclismo (RFEC)*, 19 dicembre 2006; TAS 2006/A/1120, *Union Cycliste Intertationale (UCI) v. G. & Real Federación Española de Ciclismo (RFEC)*, 19 dicembre 2006.

[118] CAS/A/1149 e CAS/A/1211, *WADA v. FMF and Mr. José Salvador-Carmona Alvarez*, para. 26.

[119] TAS 2006/A/1119, *UCI v. L. & RFEC*, para. 30.

[120] L. CASINI, *The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport*, cit., p. 1335.

[121] S. BASTIANON, *La lex sportiva*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile al sito http://www.osservatoriosullefonti.it. Consultato il 23 febbraio 2023.

[122] L. FUMAGALLI, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche*, cit., p. 492. In riferimento al sistema organizzato dello sport il rapporto tra privato e pubblico non può essere ridotto né nel senso della contrapposizione né in quello della complementarità. Esso si risolve infatti nel senso della coincidenza, quanto a natura e funzione, della dimensione pubblica e di quella privata dell'esercizio della giurisdizione sportiva. Invero, «uno strumento prettamente privatistico, se considerato con le categorie del sistema interno, quale quello dell'arbitrato, svolge nel sistema dello sport un ruolo di garanzia della sua efficacia

ISSN 2036-7821

La "natura pubblica" dell'autorità, in questo caso, può trovare una base giuridica sia nella Convenzione di New York del 1958 sia nella Convenzione UNESCO del 2005 contro il doping nello sport[123].

La Convenzione di New York, in particolare, fornisce un collegamento tra le decisioni della CAS e il diritto internazionale privato e garantisce l'efficacia dei giudicati della Corte. La Convenzione dell'UNESCO, invece, prevede che i principi del Codice mondiale antidoping (WADC) siano il substrato primario per le misure nazionali, favorendo l'allineamento delle politiche interne degli Stati al WADC e armonizzando così la regolamentazione sportiva globale e la legislazione pubblica nella lotta contro il doping[124].

Rispetto a tale ultimo frangente, la CAS, poi, riveste anche il ruolo di tribunale di ultima istanza nei casi di doping[125].

Da questo punto di vista, la creazione dell'Agenzia mondiale antidoping e la formazione di un regime antidoping pubblico-privato, seguite dall'adozione del Codice mondiale antidoping e dalla firma della già citata Convenzione dell'UNESCO contro il doping nello sport, hanno ridotto l'eventualità che i ricorrenti adissero i giudici nazionali[126].

Inoltre, alcune decisioni della CAS – come la squalifica di un atleta o la modifica di un risultato – godono di un tasso di effettività e controllo della sanzione facilmente eseguibile e riscontrabile[127].

In ultima analisi, le fattispecie conflittuali tra le autorità pubbliche e la CAS sono piuttosto ridotte, e ciò è comprovato dal numero di ricorsi avverso i lodi della CAS davanti ai Tribunali nazionali[128].

---

e tenuta complessiva (e dunque un ruolo "quasi-costituzionale") per la risoluzione di ogni tipo di controversia, tutelando sia interessi privati che aspettative pubblicistiche». Questo aspetto, in particolare, costituisce un importante segno di peculiarità dell'ordinamento sportivo internazionale.

[123] Per un approfondimento, si veda C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

[124] Art. 3 della Convenzione UNESCO.

[125] Come previsto dall'Art. 13 del *World Anti-Doping Code*. In dottrina, si rimanda a A. VON BOGDANDY & I. VENZKE, *On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking*, cit., p. 451; R. C. R. SIEKMANN & J. SOEK, *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, Hauge, 2012, p. 157.

[126] In questo senso, L. CASINI, *Global Hybrid Public-Private Bodies: The World Anti-Doping Agency (WADA)*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, L. CASINI, B. KINGSBURY, *Symposium on "Global Administrative Law in the Operations of International Organizations*, INT'L ORGANIZATIONS L. REV., 2009, p. 411 ss; K. HENNE, *WADA, the Promises of Law and the Landscapes of Antidpoing Regulation*, POLITICAL & LEG. ANTHROP. REV., 2010, p. 36 ss.

[127] Gli effetti di tali decisioni, tuttavia, potrebbero essere particolarmente devastanti in termini di denaro e reputazione. G. MANNUCCI, *La natura dei lodi del Tribunale arbitrale dello sport tra fenomenologia sportiva e ordinamento generale*, DIR. AMM., 2010, p. 229 ss. La situazione può essere diversa per quanto riguarda i procedimenti penali, soprattutto nei casi di doping e nei Paesi in cui il doping è regolato non solo dalle norme sportive, ma anche dal diritto penale (come in Italia, dove è emerso un caso interessante durante le Olimpiadi invernali di Torino 2006, anche se senza alcuna controversia specifica, per cui si rimanda a T. SCHULTZ, *La lex sportiva se manifeste aux Jeux olympiques de Turin: suprématie du droit non étatique et boucles étranges*, JUSLETTER, 2006). In ogni caso, la giurisdizione della CAS si riferisce solo agli aspetti sportivi e il rischio di sovrapposizione con i procedimenti penali nazionali è basso.

ISSN 2036-7821

6. *Considerazioni conclusive.*

La giurisprudenza ha un ruolo cruciale nel mondo dello sport e presenta caratteristiche peculiari, come si evince dalla formazione del complesso sistema governato dalla CAS.

Essa rappresenta l'organo di giustizia sportiva di maggior rilievo a livello internazionale e l'importanza della sua funzione consente di potergli assegnare il ruolo di «Corte Suprema del diritto dello sport».

Infatti, in ragione dell'importanza delle controversie che vengono risolte innanzi ad esso ma anche per la portata internazionale dei suoi lodi e dei principi in essi affermati, e` possibile concludere che la giurisprudenza del CAS esercita una influenza fondamentale su tutti coloro che operano nel mondo dello sport.

In primo luogo, la CAS svolge il ruolo sia di revisione che di risoluzione delle controversie.

In secondo luogo, l'elevato grado di efficacia dei procedimenti e di esecuzione volontaria delle decisioni della CAS conferma la necessità di garantirne l'indipendenza e l'utilità di creare sistemi giudiziari a più livelli[129].

In terzo luogo, il sistema giudiziario sportivo illustra l'integrazione tra il livello sovranazionale e quello nazionale. Allo stesso modo, l'adozione di procedimenti arbitrali da parte di enti pubblici rende meno netta la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato[130].

---

[128] M. J. MITTEN, *Judicial Review of Olympic and International Sports Arbitration Awards: Trends and Observations*, PEPPERDINE DISPUTE RESOLUTION L. J., 2009, p. 51 ss; con riferimento agli Stati Uniti, si veda, M. A. WESTON, *Simply a Dress Rehearsal? U.S. Olympic Sports Arbitration and De Novo Review at the Court of Arbitration for Sport*, GEORGIA J. INT'L & COMPARATIVE L., 2009, p. 99 ss. In venticinque anni, con circa 1.000 lodi decisi, sono stati presentati circa sessanta ricorsi contro, e di questi solo un numero molto basso ha portato all'annullamento del lodo in questione, anche se negli ultimi due anni c'è stato un aumento. Da questo punto di vista, il Tribunale federale nazionale è la "porta di chiusura" dell'intero sistema e può essere chiamato a decidere su un lodo emesso in qualsiasi parte del mondo, secondo la Legge federale sul diritto internazionale privato. Si vedano sul punto E. BENVENISTI & G. DOWNS, *National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law*, EJIL, 2009, p. 59 ss; B. KINGSBURY, *Weighing Global Regulatory Rules and Decisions in National Courts*, ACTA JURIDICA, 2009, p. 90 ss. Più in generale, con riferimento al rapport tra le Corti, Y. SHANY, *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*, Londra, 2003; Y. SHANY, *Regulating jurisdictional relations between national and international courts*, Oxford, 2007; S. CASSESE, *I tribunali di babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

[129] In generale, l'indipendenza e l'imparzialità rappresentano «un requisito essenziale dell'arbitrato indispensabile perché l'istituto possa assurgere ad accettabile alternativa alla giustizia statale». V. VIGORITI, *L'arbitrato del lavoro nel calcio. Commentario*, cit., p. 57. Affermazioni di tale principio sono ricorrenti in giurisprudenza (si veda C. Cost. n. 387/99, FORO IT., p. 3441 ss, con nota di G. SCARSELLI) e in dottrina (per cui si rimanda, su tutti, a S. LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano, 2004, p. 74, che fa riferimento al vincolo etico garantito dalle norme sulla ricusazione e dalla revocabilità del lodo per dolo dell'arbitro e definisce indipendenza e imparzialità come «il sale, l'anima della procedura arbitrale». *Ibid*).

[130] G. VAN HARTEN, *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State*, INT'L COMPARATIVE L. QUART., 2007, p. 371.

ISSN 2036-7821

In ultimo, la formazione di un "ramo giudiziario" dello sport dimostra il ruolo strategico svolto da corti e tribunali nell'elaborazione del diritto[131].
Il diritto sportivo globale, per concludere, prova che l'efficacia di un sistema giurisdizionale autonomo su scala globale dipende anche dalla varietà di modelli giudiziari che adotta e dalla varietà di rimedi che può offrire. Tuttavia, le decisioni emesse dai tribunali internazionali devono spesso essere eseguite o sono soggette a revisione da parte dei tribunali nazionali.
Per concludere, una volta che il sistema giuridico sportivo si è sviluppato ad ampio raggio, il numero di casi trattati dai tribunali nazionali si è notevolmente ristretto.

[131] S. CASSESE, *I tribunali di babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, cit., p. 137.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le origini del diritto amministrativo nelle autonomie politiche medievali

di Mario Conetti

(Professore Associato, Dipartimento di Diritto economia e culture presso l'Università degli Studi dell'Insubria

Sommario

1 Gli ordinamenti delle autonomie cittadine e la raccolta di *quaestiones* di Alberico da Rosciate. 2 La funzione amministrativa nel medio evo maturo. 3 Gli atti amministrativi. 3.1 La validità. 3. 2 L'efficacia. 3. 3 La revocabilità. 4 La funzione amministrativa e i soggetti incaricati. 4. 1 L'accesso all'incarico. 4. 2 La cessazione dall'incarico. 4. 3 Il rapporto funzionariale. 5 Rappresentanza e responsabilità. 5. 1 Il funzionario amministrativo, rappresentante della collettività. 5. 2 La responsabilità soggettiva e oggettiva del funzionario. 5. 3 I profili patrimoniali. 6 Per concludere.

Abstract

This research considers advisable to revise the paradigm on the origins of administrative law, to be placed not in post-revolutionary France but in the context of the legal systems and legal culture of the self-governing cities in central and northern Italy between 13th and 14th centuries, where administrative acts and the role of the officials responsible have been developed in legal and institutional practices and by legal thought.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

Le pagine che seguono vogliono provare a individuare il momento originario del diritto amministrativo, nella sostanza di come viene oggi inteso, secondo impostazioni di fondo generalmente condivise.
Se il diritto amministrativo si caratterizza per la specificità dell'oggetto, costituito dall'organizzazione dell'amministrazione pubblica[1] e dalle attività di perseguimento degli interessi pubblici[2] e la regolazione di tutte le attività relative[3]; se tali interessi pubblici vengono perseguiti con una particolare tipologia di atti giuridici, unilaterali, esterni e previsti da una norma pre esistente, e caratterizzati dai requisiti fondamentali di legittimità e efficacia[4]; se il perseguimento di tali interessi configura lo specifico della funzione amministrativa[5], affidata a particolari soggetti designati dalla collettività e responsabili degli atti che compiono[6]; allora è possibile ravvisare questi aspetti fondazionali nel contesto degli ordinamenti giuridici e della cultura giuridica delle autonomie cittadine nell'Italia centro settentrionale tra Duecento e Trecento.

1 Gli ordinamenti delle autonomie cittadine e la raccolta di quaestiones di Alberico da Rosciate

Il nesso tra autonomia politica degli enti territoriali e funzioni amministrative che questi svolgono ha una genesi complessa e variegata che conosce molteplici declinazioni e investe il rapporto generalissimo tra politica e amministrazione[7].
Tale nesso, nelle aree padana e toscana, in modo eminente le collettività cittadine, prende forma in quanto esercizio della potestà normativa con la creazione di nuovi ordinamenti giuridici che crescono e si consolidano tra gli ultimi decenni del secolo XII e la metà del secolo XIII, fino a comprendere non solo gli ambiti dei rapporti tra privati ma anche le funzioni nell'interesse collettivo, con gli incarichi relativi.

---

[1] G. BOTTINO, Amministrazione e funzione organizzatrice, Milano, 2008; G. SCIULLO, L'organizzazione amministrativa. Principi, Torino, 2013.

[2] A. PIZZORUSSO, Interesse pubblico e interessi pubblici, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1972, pp. 57-87; E. CASETTA, Compendio di diritto amministrativo, 11 a ed., Milano, 2011, p. 1.

[3] E. MELE, I contratti delle pubbliche amministrazioni, Milano, 2011, pp. 7 e ss; R. CAVALLO PERIN, L'amministrazione pubblica italiana tra rivoluzione liberale, repubblicana e avvento dell'intelligenza digitale, in L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli-Irelli, I, Torino, 2021, pp. 9-25.

[4] B. G. MATTARELLA, Lezioni di diritto amministrativo, Torino, 2018.

[5] R. ALESSI, I soggetti attivi e l'esplorazione della funzione amministrativa, Milano, 1974; F. LIGUORI, Funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione, Napoli, 2009.

[6] A. M. SANDULLI, Scritti giuridici, III Atti amministrativi; Obbligazioni e responsabilità della pubblica amministrazione, Napoli, 1990

[7] Osservazioni rilevanti sulla dimensione storica del nesso tra autonomia politica e funzione amministrativa in P. SCHIERA, Storia come modernità. Introduzione, Scienza e politica, 28 (2016), pp. 9-20; M. INTERLANDI, Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una 'storia' difficile, Dirittifondamentali.it, 2018, pp. 1-26, url: http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/06/Interlandi-Il-principio-di-separazione-tra-politica-e-amministrazione.pdf

ISSN 2036-7821

Inoltre, il transito di modelli formali, di soluzioni normative, di disposti da un contesto all'altro, determina che, pure nelle mille diversità tra gli svariati ordinamenti particolari, si configuri progressivamente un diritto statutario con notevoli profili di omogeneità al di sopra delle divisioni tra città e poteri.
La cultura giuridica supera le diffidenze, che aveva manifestato fino a metà Duecento, verso questi ordinamenti giuridici, determinata dalla concentrazione pressochè esclusiva sull'ordinamento universale costituito dalle compilazioni giustinianee, e comincia a prenderli in considerazione come ordinamento giuridico degno di essere studiato e non semplicemente come fenomenologia delle consuetudini locali[8].
Lo fa in modo particolare con lo strumento della *quaestio*, il che appare ovvio, non solo perché lo statuto non poteva essere considerato come un testo normativo autorevole da porre al centro della lettura e del commento da parte di intellettuali e docenti, ma anche per l'orientamento alla prassi che caratterizza questo genere letterario.
Ne deriva, a partire dalla metà del Duecento, una produzione sempre maggiore di testi dedicati a risolvere dubbi e difficoltà che sorgevano nel contesto dell' interpretazione e dell'applicazione delle norme statutarie.
Le *Questiones statutorum* di Alberico da Rosciate sono la sintesi e la sistematizzazione di un patrimonio di riflessioni disteso lungo almeno l'arco del secolo che ne precede la redazione, collocabile attorno o subito prima la metà del Trecento[9]. Proprio per queste loro caratteristiche di fondo, rappresentano la fonte privilegiata su cui concentrare l'attenzione.
Il confronto con altre fonti del medio evo maturo conferma tale ruolo privilegiato. Giovandosi della fondamentale ricerca di Ugo Nicolini, si può rilevare come i discorsi del sapere giuridico, e in modo particolare quelli stimolati dal commento alle raccolte romano giustinianee, elaborino qualcosa di simile alla funzione amministrativa dei pubblici poteri solo incidentalmente e in relazione al grande tema dell'espropriazione per pubblica utilità[10]. Recenti valorizzazioni del tema ne hanno

[8] G. GARANCINI, Consuetudo et statutum ambulant pari passu, Rivista di storia del diritto italiano, 58 (1985), pp. 19-55.
[9] Come chi scrive ritiene di avere chiarito (M. CONETTI, La dottrina dell'impero e la donazione di Costantino in Alberico da Rosciate, in Studi di storia del diritto, II, Milano, 1999, pp. 303-405), le citazioni e i rimandi incrociati tra le varie opere di Alberico da Rosciate, che coinvolgono anche la raccolta in tema di diritto statutario, inducono a collocarne la redazione definitiva nello stesso periodo, facilmente individuabile nell'ultima fase di vita e attività intellettuale del grande giurista lombardo, allorché nel 1352, abbandonato il fervore degli impegni politici e professionali si ritira in una semplice, ma ben provvista di libri, abitazione nel monastero dei Celestini di Bergamo.
[10] U. NICOLINI, La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia, Milano, 1952.

ISSN 2036-7821

del resto sottolineato, anche in tempi molto più prossimi al nostro presente, la funzione fondante per il costituirsi di uno specifico giuridico-amministrativistico[11].
Il carattere di collana aperta a modifiche e inserzioni, che raccoglie un tesoro di pezzi dovuti a autori precedenti e li rielabora nella prospettiva di insieme con una visione non priva di coerenza e una analisi degli aspetti disparati degli ordinamenti particolari non è sempre stato debitamente valorizzato dalla storiografia[12].
Si tratta invece dell'aspetto più notevole e caratterizzante certo per la superficie del testo ma anche per approfondirne i livelli di significato. In questa raccolta non si trova, e non è il caso di cercare, una elaborazione originale e coerente dell'autore / compilatore; ma nemmeno va affrontata come un coacervo di testi legati a contesti e situazioni sempre diversi, quelli delle rispettive origini.
Le *Questiones statutorum* di Alberico da Rosciate possono invece venire affrontate come fonte efficace per comprendere come, a metà Trecento, il discorso di sapere dei giuristi descrive gli ordinamenti giuridici particolari delle autonomie cittadine delle aree padana e toscana; come ne rielabora i disposti, sempre con attenzione alle tensioni emergenti dalla prassi, per delineare istituti giuridici efficaci nel disciplinare le tensioni sociali e nel plasmare un quadro istituzionale coerente.
Rileva il tentativo di recuperare la testualità originale della raccolta di Alberico da Rosciate; il testo ha avuto infatti vasta circolazione, è stato tra i primissimi libri giuridici a avere l'onore dei torchi per poi venire edito e stampato varie volte[13].
L'unico stato del testo, in mancanza di testimoni manoscritti riconducibili all'autore, che fa fede è la prima stampa[14] è solo a questa è opportuno fare riferimento.
Alberico da Rosciate inserisce l'ampio materiale che raccoglie da autori e testi precedenti entro uno schema frutto della comprensione sistematica di cui fa oggetto gli ordinamenti particolari delle autonomie cittadine. La raccolta di questioni fornisce

[11] N. CALABRESE, Alle origini del diritto amministrativo italiano: dottrine e pratiche dell'espropriazione per pubblica utilità, Lecce, 2001.

[12] A. ROMANO, Le quaestiones disputatae nel 'Commentarium de statutis' di Alberico da Rosciate, in Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle università medievali, IV, Reggio Calabria, 1975, ha affrontato il testo albericiano come una sorta di manoscritto miscellaneo da cui escerpire i pezzi che lo compongono, obliterando così la dimensione unitaria. In prospettiva del tutto opposta, C. STORTI STORCHI, Prassi, dottrina ed esperienza legislativa nell'Opus statutorum di Alberico da Rosciate, in Confluence des droits savants et des pratiques juridiques, Actes du colloque de Montpellier (du 12 au 14 décembre 1977), Milano 1979, pp. 437-489, lo ha assunto quale luogo di elaborazione di una dottrina originale e coerente della legislazione, concentrando la ricerca solo sulla prima parte.

[13] Ancora in studi recentissimi (M. MONTORZI, Scriptura statuti ed obbligazione politica, in Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri II. Gli universi particolari. Città e territori dal medioevo all'età moderna, Firenze, 2014, pp. 91-98) viene citata una edizione tarda e affrettata, quella dei monumentali ma filologicamente non sicuri Tractatus universi iuris, t. 2, Venezia 1584.

[14] La stampa completata il 15 febbraio 1477 a opera di Baldassarre da Fossato scrive un capitolo significativo della storia delle origini dell'editoria, essendo uno dei pochissimi libri stampati a Como. Tale testo a stampa era esemplato su un manoscritto apografo, che presentava lo stato del testo migliore perchè più vicino a quello sorvegliato dall'autore; manoscritto poi perduto o distrutto proprio perchè reso inutile dall'edizione.

ISSN 2036-7821

al giurista bergamasco l'occasione per collocare la norma statutaria, coi testi che ne costituiscono le fonti, su un piano di dignità culturale e soprattutto di forza normativa che non cede in nulla a quello della norma giustinianea.

2 La funzione amministrativa nel medio evo maturo

L'attenzione per i diritti particolari delle autonomie cittadine porta a prendere in considerazione temi e problemi legati all'amministrazione dei poteri e delle funzioni pubbliche[15].

L'idea di amministrazione pubblica non appare impiegata dalla storiografia più o meno recente in relazione all'età medievale. Costituisce unico per quanto notevolissimo esempio contrario la grande impresa culturale e editoriale promossa nella seconda metà del secolo scorso dalla Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa[16], rimasta però priva dell'impatto, che certo si augurava di ottenere, sugli studi.

La situazione non è diversa per la recente storiografia in un contesto culturale, politico e giuridico, dove l'amministrazione pubblica attuale e lo studio dei suoi antecedenti riveste un peso notevole, ossia quello francese. Generalizzando si può osservare che numerose pubblicazioni recenti parlano, seppure mai assumendola a tema principale, di una "fonction publique" medievale, in senso lato e in varie sfaccettature, ma non di una funzione amministrativa.

Ancora minore fortuna arride all'idea di un diritto amministrativo medievale.

Gli storici delle istituzioni politiche e giuridiche che hanno prestato attenzione privilegiata ai secoli del medio evo maturo, invero pochissimi negli ultimi decenni, hanno senza dubbio risentito il peso del giudizio formulato, in un momento di importanza fondazionale per il costituirsi di tali studi, da Otto Brunner, per cui "il diritto feudale diventa il diritto amministrativo dello Stato medievale"[17].

Si sono così sentiti più che giustificati a escludere l'ipotesi stessa di andare in cerca di un ordinamento amministrativistico nelle fonti del medio evo maturo, vuoi negli atti pubblici, vuoi nelle norme degli ordinamenti particolari, vuoi nelle elaborazioni dottrinali.

Nell'ambito della ricerca di storia delle istituzioni e del diritto, è stato fondatamente possibile individuare nel transito tra medio evo e modernità giuridica un momento

[15] Per una sintesi e una revisione dell'approccio 'classico' al nesso tra poteri e funzioni pubbliche in chiave di amministrazione, F. FOLLIERI, Politica e amministrazione, Persona e amministrazione, 1 (2019), pp. 109-135.

[16] Si allude ovviamente alle Acta Italica. Raccolta di documenti sull'amministrazione pubblica in Italia dal Medioevo alla costituzione dello Stato nazionale, che con la collaborazione di medievisti e paleografi illustri (quali Orlandelli e Costamagna) curatori dei volumi relativi a Bologna, Firenze, Genova, Mantova, Piacenza, Verona,presentano numerose fonti dal XII al XIV secolo, documenti prodotti da enti e soggetti che detenevano e esercitavano poteri pubblici e amministravano nell'interesse generale.

[17] O. BRUNNER, Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte, Dritte Auflage, Göttingen 1980, ed. it. a c. di P. Schiera, Per una nuova storia costituzionale e sociale, 2a ed. Milano 2000, p. 106.

ISSN 2036-7821

prodromico ma costitutivo per l'idea e la prassi della funzione amministrativa; ma senza risalire più indietro del XVI secolo[18].

Dal punto di vista degli studi attuali di diritto amministrativo, basti prendere in considerazione quanto scrivono le sistemazioni manualistiche, quando pure fanno cenno al percorso storico dell'ordinamento e della disciplina, esplicitando un riferimento a quanto avrebbero scritto gli storici. Viene regolarmente escluso potersi scorgere la presenza del diritto amministrativo in una società, come quella del medio evo maturo, retta dal diritto privato[19].

Una notevole eccezione, in termini di sensibilità per ricercare la presenza di un diritto amministrativo nel pieno medio evo, conclude che in base "alla definizione del diritto amministrativo che oggi si dà per lo più in dottrina, è difficile escludere a priori che si attagli ai complessi di norme dell'età classica e dell'età di mezzo"[20]. L'elemento costitutivo andrebbe individuato con "la essenza del negozio di diritto pubblico, assente nei rapporti tra privati, è quel perseguimento del fine del pubblico interesse"[21].

Proprio da questo spunto può essere il caso di prendere le mosse. Elemento essenziale perché possa verificarsi la presenza di un 'diritto amministrativo' è che l'ordinamento giuridico colga e esprima una categoria a sé stante di negozi giuridici, la cui tipicità è determinata dal fine che tutti, per quanto nelle profonde diversità reciproche, si propongono, ossia realizzare uno stato di cose che corrisponda non a un interesse particolare di singoli o gruppi ma all'interesse generale della collettività[22]; e di avere come proprio soggetto un ente che esprime un potere pubblico[23].

Orbene, gli ordinamenti delle autonomie cittadine padane e toscane del medio evo maturo contengono in misura notevole norme che hanno lo scopo di perseguire e realizzare questo interesse generale diffuso, con modalità diverse, in prevalenza regolando l'organizzazione e il funzionamento della gestione dei diritti e dei poteri che spettano al soggetto pubblico collettivo, mediante ben delineate istituzioni per lo svolgimento di funzioni attraverso incarichi che la collettività stessa conferisce a alcuni suoi componenti.

Si tratta senza dubbio di un insieme di negozi coi relativi atti molto articolato, si potrebbe dire sfaccettato, e complesso, non privo però di coerenza, se non altro

[18] L. MANNORI, Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune, Quaderni fiorentini, 19 (1990), pp. 323-504.

[19] G. ROSSI, Diritto amministrativo , Torino, 2017, p. 2.

[20] M. TUCCI, L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri, Milano, 2008, p. 42.

[21] Op. ult. cit., p. 41.

[22] V. CERULLI-IRELLI, Lineamenti del diritto amministrativo, 6a ed., Torino, 2017, p. 228.

[23] P. BARILE, S. GRASSI, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1987, p. 448.

ISSN 2036-7821

perché viene organizzata all'interno del medesimo contesto istituzionale e gestita in modo centralizzato dalle autorità pubbliche.

Emerge così anche nell'epoca e nei contesti giuridici e istituzionale qui al centro dell'attenzione, il carattere di 'specialità' proprio del diritto amministrativo che lo differenzia dall'ordine giuridico chiamato a regolare i rapporti tra privati e allo stesso tempo ne definisce il carattere composito[24]. Tanto in chiave di diritto attuale quanto nella prospettiva della sua genesi storica, la specialità del diritto amministrativo è stata posta in relazione al rapporto dialettico col diritto civile[25]; e così appare presentarsi anche in questo momento originario, nel medio evo maturo.

Certo, il medio evo maturo non presenta, come invece esperienze giuridiche successive nella storia dell'Occidente, norme che possono essere ricondotte allo specifico della funzione amministrativa. Anche in prospettiva attuale, però, non pare consigliabile individuare la specialità del diritto amministrativo in un insieme coerente di norme particolari[26].

Si tratta inoltre di un insieme coerente di attività chiaramente distinte dall'esercizio dei poteri di governo e dall'amministrazione della giustizia. L'intreccio tra attività politica, in particolare di indirizzo, funzione amministrativa e amministrazione della giustizia appare ineliminabile in radice; allo stesso tempo risulta pacifico che se tale intreccio non si scioglie nella distinzione della funzione amministrativa, non è possibile parlare di 'diritto amministrativo'[27].

Tale distinzione, nelle autonomie politiche italiane del medio evo maturo, emerge in primo luogo perchè le istituzioni che se ne occupano sono ben precisate e affidate a un personale dedicato e appositamente selezionato.

L'amministrazione pubblica delle autonomie cittadine appare segnata da una esigenza irrinunciabile, sempre riaffermata nelle situazioni particolari e specifiche, che si esprime nel principio di legalità[28] come requisito imprescindibile che ogni atto pubblico deve esibire, di conformità o per lo meno non contraddittorietà rispetto alle norme vigenti dell'ordinamento giuridico di riferimento. La tipicità dell'invalidità dell'atto amministrativo, rispetto alla categoria generalissima di invalidità dell'atto giuridico in contrasto con la norma imperativa, è ampiamente acquisita e sviluppata dalla dottrina attuale[29].

---

[24] S. CASSESE, Il diritto amministrativo e i suoi principi, in Istituzioni di diritto amministrativo, a di S. CASSESE, 4a ed., Milano 2012, pp. 2-3.

[25] M. MAZZAMUTO, I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto vigente, Diritto processuale amministrativo, 29 (2011), pp. 463-510.

[26] M. RAMAJOLI, A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 66 (2016), pp. 347-366.

[27] V. GIOMI, L'atto politico e il suo giudice, Milano, 2022.

[28] U. NICOLINI, Il principio di legalità nelle democrazie italiane, Padova, 1955.

[29] CERULLI-IRELLI, Lineamenti cit., p. 464 e ss.; CASSESE, il diritto amministrativo cit., pp. 9 e ss.; F. MERUSI, Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Diritto pubblico, 13 (2007), pp. 319-344.

ISSN 2036-7821

I negozi giuridici che hanno come scopo l'interesse diffuso della collettività vengono posti in essere mediante determinati atti, compiuti di solito da un soggetto singolo, facente funzione dei soggetti collettivi che detengono e esercitano i poteri pubblici, al fine appunto di gestire e amministrare questi poteri.
Accanto a questa categoria ben precisa di negozi giuridici gli ordinamenti giuridici particolari prevedono anche una non meno definita categoria di soggetti che sono gli unici autorizzati a compierli poichè sono stati selezionati per svolgere determinate funzioni in nome e per conto della collettività che ha conferito loro le cariche e i poteri pubblici corrispondenti.
I testi lasciano fanno chiaramente vedere, in quel periodo e in quei contesti, "la formazione di un apparato amministrativo a base burocratico-professionale", autorevolmente individuato quale prima necessario "carattere fondamentale delle istituzioni amministrative"[30].
I funzionari pubblici sono caratterizzati, nel loro operare, da un'altra esigenza fondante, che fa da corrispettivo al principio di legalità riguardo agli atti pubblici ma forse è meno evidente e pertanto meno ha colpito l'attenzione della storiografia, espressa dal principio di responsabilità. La regola generalissima e sempre non prescindibile che informa lo svolgersi delle funzioni pubbliche va individuata nel principio per cui la persona incaricata di compierle, cui sono affidate, è oggettivamente e non solo soggettivamente responsabile degli atti che compie (o omette di compiere).

3. Gli atti amministrativi

Il nesso tra la specialità del diritto amministrativo e l'atto giuridico in cui si esprime può essere stato oggetto di discussioni e revisioni critiche ma sembra che non possa non caratterizzare la dottrina attuale[31].
La riflessione di Alberico da Rosciate nell'esame di casi concreti e fattispecie particolari, delinea requisiti e caratteristiche degli atti amministrativi[32], che devono essere validi e efficaci.
Un atto amministrativo è valido in primo luogo se non è in conflitto coi diversi ordinamenti vigenti: l'ordinamento particolare dell'autonomia cittadina dai cui poteri di governo e amministrazione deriva; il diritto romano giustinianeo in quanto *unum ius* dell'impero universale e legittimante gli ordinamenti particolari; ancora, i principi di equità e giustizia contenuti nel diritto naturale ma presupposti da tutti gli

[30] V. CERULLI-IRELLI, Lineamenti cit., p. 25.
[31] A. TRAVI, Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90, Il Foro Italiano, 120 (1997), pp. 167-179.
[32] La dottrina classica ha ritenuto possibile individuare caratteri formali e sostanziali che tipicizzano alcuni atti giuridici in quanto atti amministrativi; M. S. GIANNINI, v. Atto amministrativo, in Enciclopedia del diritto, IV, Milano, 1959, pp. 157 e ss.

ISSN 2036-7821

ordinamenti giuridici, se vogliono appunto godere di giuridicità ("ius quia iustum"[33]).
Secondariamente, per risultare valido deve indicare con chiarezza a quali soggetti si rivolge.
Essere valido è la condizione per soddisfare all'altro e complementare aspetto essenziale: l'efficacia. L'atto amministrativo deve essere in grado di produrre gli effetti che si propone, determinando uno stato di cose e se necessario modificando l'esistente e è in grado di svolgere questa funzione solo se risulta vincolante per i suoi destinatari.
I caratteri essenziali di validità e efficacia sembrerebbero, già su un piano logico, implicare un ulteriore aspetto, poichè un atto valido e efficace non deve risultare modificabile.
Va però tenuto presente che l'atto realizza i poteri pubblici per produrre uno stato di cose, diverso rispetto all'esistente e capace di meglio assicurare il bene comune. Il negozio di diritto pubblico interviene nella realtà dei rapporti sociali e la modifica perchè determina la nascita, la vita e la morte di un diritto[34].
Le condizioni ambientali, generali o particolari, in cui si inserisce questa azione dei poteri pubblici non necessariamente rimangono sempre identiche a quelle del momento in cui l'atto è stato elaborato e emanato; al contrario possono mutare radicalmente e in modo imprevedibile, per cui gli stessi poteri cui può venire riferito l'atto devono quindi essere abilitati a intervenire quando è in vigore, per modificarlo o per annullarlo, qualora le circostanze lo richiedano.

3.1 La validità

Se l'atto compiuto realizzando i poteri pubblici nell'interesse generale in nome e per conto delle autonomie locali non contiene alcun vizio formale, si potrebbe ritenere di doverlo comunque considerare valido.
L'atto deve rispettare sia le norme del diritto romano sia i valori e principi di giustizia contenuti nel diritto naturale[35].
Le compilazioni giustinianee costituivano un punto di riferimento necessario in quanto ordinamento universale vigente in tutte le *terrae Imperii* e in quanto testi fondanti per la cultura e la formazione giuridica. Si trattava però di un riferimento spesso distante dalla prassi e dalle preoccupazioni di chi era attivo nelle professioni

[33] Sempre memorabili le considerazioni di A. PASSERIN D'ENTRÈVES, Saggi di storia del pensiero politico dal medio evo all'età contemporanea, ed. a c. di G. M. Bravo, Milano, 1992.
[34] S. PERONGINI, Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo, Torino, 2016, p. 77.
[35] L'opera di Alberico da Rosciate si cita nell'edizione descritta a n. 6: I, 25, p. 23: "pone quod statutum est illicitum vel iniustum… videtur quod sic quia lex et dura servanda est… in contrarium videtur quod servare non teneatur nam sub generali iuramento non veniunt ea que si scisset non fuisset specialiter iuraturus". Le citazioni successive riportano solo la numerazione della sezione e della singola quaestio e la pagina dell'edizione.

ISSN 2036-7821

legali e/o nella politica delle città padane e toscane tra Duecento e Trecento. Non stupisce pertanto che sovente, nella miriade di atti prodotti dalle attività dei poteri pubblici delle autonomie cittadine, il riferimento romanistico sbiadisse.
I precetti del diritto naturale e le esigenze più evidenti di giustizia, tanto cogenti per la cultura non solo giuridica di quel tempo, non sempre si declinavano in modo incontrovertibile nel contesto di provvedimenti molto minuziosi e spiccioli.
La soluzione risiede nel mantenere la validità di tale atto ma senza per questo considerarlo in alcun modo produttivo di effetti: si ha così un atto formalmente valido ma sostanzialmente inefficace.
L'atto contrario al disposto di una norma dell'ordinamento giuridico di una autonomia cittadina è inesistente[36], dal momento che non è possibile un conflitto tra le norme che compongono l'ordinamento giuridico dell'autonomia cittadina, coi relativi disposti, e l'atto relativo all'amministrazione dei poteri e dei diritti pubblici posti in essere da tale ordinamento.
Un ragionamento sofisticato permette di recuperare, qualora le circostanze lo consiglino, la dimensione di validità di un atto in contrasto con la norma statutaria, considerando le varie e successive fasi del suo venire in essere. Per tutto il tempo cioè in cui si sta formando ma non è ancora stato adottato, l'atto in quanto tale non sussiste e pertanto non può darsi nemmeno alcuna contrapposizione alla norma statutaria. Analoga considerazione può venire avanzata per quanto riguarda il momento in cui viene composto e formalizzato. Dopo che il processo formativo dell'atto è compiuto, l'atto viene adottato, viene così in essere, se si tratta di un atto formalmente valido, dotato di tutti i requisiti formali necessari, non può per definizione essere visto quale contrapposto a una norma dell'ordinamento giuridico al cui interno è in essere, cui fa riferimento; se così fosse sarebbe davvero inesistente, ma in senso genuinamente ontologico.
In questo modo risulta possibile mantenere il carattere vincolante di un atto contrapposto alla norma statutaria, senza entrare nel merito dei contenuti, cui è sufficiente incunearsi nelle ingenuità dello schema con cui lo statuto cerca di auto tutelarsi, rivelando così per l'ennesima volta la propria debolezza costitutiva[37], di fonte aperta persino all'intereferenza di atti non normativi, che nel concreto del

[36] II, 228, p. 193: "Statuto bononie cavetur quod si capitaneus aliquis proposuerit in consilio populi contra statuta sacrata quod privatus sit officio suo, ipse id proposuit, nunquid sit privatus? Iacobus Butrigarius ff quod metus causa l. Sed et partus tenet quod non per distinctionem quam facit ibi glossa de tribus temporibus qui aut consideramus tempus antequam proponeret et nondum proponit et non potest dici privatus qui nihil fecit contra statutum quod exigit rei perfectam et consummata, et idem dici potest de tempore cum proponitur. Si autem consideremus tempus post propositionem nihil tunc facit contra statutum quare debat esse privatus".

[37] Considerazioni rilevanti sullo statuto come fonte debole e sull'impegno degli intellettuali giuristi a consolidarla in M. ASCHERI, Il 'dottore' e lo statuto: una difesa interessata?, in Rivista di storia del diritto italiano, 69, 1996, pp. 95-113.

ISSN 2036-7821

diritto realmente applicato possono produrre effetti contrari al disposto della norma statutaria

Si potrebbe giungere a dire che lo statuto si caratterizza non con la specificità della fonte normativa ma come una delle manifestazioni dell'autonomia cittadina.

L'atto amministrativo può inserirsi nel conflitto tra due norme dello statuto qualora, su una medesima materia o fattispecie, i loro disposti risultino contrapposti e incompatibili[38], come accadeva con grande facilità data la complessa genesi dell'ordinamento delle autonomie cittadine e il percorso formale intricato che ne segna le fonti, sovente risultato di riscritture successive delle stesse norme, di accumulazioni di norme diverse sulla stessa materia. D'altronde è ormai assodato come proprio questa duttilità estrema dello statuto, fonte del diritto e strumento politico e sociale, ne abbia determinato la fortuna e il successo[39].

La più ovvia strategia per risolvere tale conflitto consiste nell'armonizzare il disposto dell'una e quello dell'altra norma. Tale possibilità non doveva però darsi spesso, perché le norme statutarie erano molto dettagliate e circostanziate e non avrebbero dovuto lasciare spazio ell'interpretazione[40].

Nel caso in cui non si dia possibilità di accordo tra i disposti delle due norme, non sussiste altra strada se non privilegiare quella compatibile con l'atto, per garantirne la validità.L'atto sembra così prevalere sulle norme statutarie, in quanto è l'atto stesso a dettare la scelta tra le norme in conflitto. Tanto lo statuto, in cui si manifesta la potestà normativa, quanto gli atti che realizzano la potestà amministrativa, sono allo stesso modo e sullo stesso piano manifestazioni dell'autonomia politica cittadina e rilevano in quanto tali.

Il conflitto tra norme statutarie si presentava sovente allorchè i soggetti che detenevano e esercitavano la potestà normativa intervenivano a disciplinare la fattispecie già prevista e regolata da una norma esistente[41]. Siffatti interventi erano

---

[38] I, 19 p. 21: "Quid si statutarii fecerunt duo statuta contraria et potestas iuravit servare omnia statuta que erant in volumine statutorum nunquid servabit ambo an alterum vel neutrum. Et videtur neutrum et quia incertus est que servare debeat et ideo res viciatur ratione incertitudinis et hoc videtur tenere Guido de Suzara in suis questionibus ii folio ubi questio tali est, Electi fuerunt statutarii et Gandinus de observantia statutorum versiculo sed pone quod in volumine statutorum. Dic quod si possunt ambo concordari ambo serventur. Si non possunt concordari servabitur favorabilius… Dynus dicit quod faciendo secundum videtur recessisse a primo… opinio Dyni magis placet".

[39] Spunti significativi in M. ROSBOCH, Invalidità e statuti medievali, Torino, 2003; G. PETTI BALBI, Cittadinanza e altre forme di integrazione nella società genovese (sec. XIV-XV), in Cittadinanza e mestieri, Roma, 2014, pp. 95-140.

[40] Il riferimento obbligato è a M. SBRICCOLI, L'interpretazione dello statuto, Milano, 1969; senza entrare nel merito delle conclusioni della ricerca e prima ancora dello spirito che la anima, ossia chiarire la funzione sociale e politica dei giuristi intesi quale ceto sociale, le attente presentazioni e analisi delle fonti sul tema individuato dal titolo costituiscono tuttora guida imprescindibile.

[41] IV, 55, p. 267: "statutum vetus erat quod banniti solventes 25 libras possent eximi de bannis, supervenit novum statutum quod quilibet qui eximi debet de banno solvet centum, quidam bannitus ante statutum novum petebat se eximi solvendo 25, potestas dicebat eum teneri solvere centum secundum formam novi statuti. Et

ISSN 2036-7821

frequentissimi e richiesti dall'elasticità e dalla debolezza della fonte statutaria che permettevano di adattarla a esigenze mutevoli, dettate dal grande dinamismo dei rapporti sociali che caratterizzava i contesti delle autonomie cittadine dell'Italia centrosettentrionale e dalla capacità, non meno notevole, degli statutari di registrare tali cambiamenti e di prevedere le discipline giuridiche più adatte.

Tale abitudine a novellare determina la situazione oggetto di una *questio disputata* nello studio giuridico patavino.

A un cittadino viene comminato il bando nella vigenza di una norma che prevede una determinata procedura per richiedere l'esenzione; dopo che questa norma è stata sostituita da un'altra il diretto interessato avanza richiesta formale di venire esentato dal bando ma, dal momento che la disciplina della norma previgente gli era più favorevole, fa riferimento a questa.

La soluzione appare tutt'altro che pacifica; autorevoli docenti quali Guido da Suzzara, sempre molto sensibile alle ragioni emergenti dalla prassi dei rapporti giuridici, si dimostrano inclini a considerare che tale richiesta sia fondata e perfettamente accettabile, laddove a quanto sembra possibile ricostruire, la maggioranza dei docenti patavini di diritto civile era pronta a sostenere la soluzione contraria.

L'interrogativo ruota intorno a quale elemento vada privilegiato: se il fatto giuridicamente rilevante o l'atto connesso a tale fatto e su di esso motivato. In una prospettiva quale quella regolarmente adottata, e anche in questo caso, da Guido da Suzzara, aderente alla dimensione fattuale e più concreta dei rapporti giuridici, sarà quasi necessariamente il fatto a dettare legge all'atto, che deve solo seguirlo. Secondo invece un'ottica che privilegia gli aspetti formali e l'azione, anche sul piano amministrativo, dei pubblici poteri, è l'atto a dettare legge e il fatto a doverlo seguire passando in subordine.

Questo secondo modo di pensare l'atto amministrativo appare più in sintonia con la realtà attuale di pubblici poteri dotati di apparati cospicui la cui azione andava a incidere profondamente nella società.

L'atto, per essere valido, deve esplicitare se ha di mira tutti i soggetti passivi potenziali (tutti i soggetti subordinati al potere in nome del quale l'atto è compiuto) o solo alcuni tra questi[42], poichè non può risultare valido nei confronti di soggetti diversi da quelli indicati.

---

prima facie videretur quod statutum novum non vendicet sibi locum quia ante erat bannitus.. et in hac opinione dicitur fuisse dominus Guydo de Suzaria et dominus Persevallus.. omnes tamen alii doctores paduani dicuntur fuisse in contraria opinione dicentes quod iste eximendo teneretur solvere centum secundum formam novi statuti quia dat formam futuris exemptionibus bannitorum".

[42] I, 117 p. 59: "aliquis est factus civis alicuius civitatis et per statutum quod teneatur ire in exercitu quando civitas faceat exercitum, civitas non facit exercitum generale sed solum una ex portis civitatis ivit in exercitum nunquid iste ire teneatur videtur quod non.. in contrario videtur.. Ubertus de bobio non determinat sed primum credo verius et idem vidi in questione quam vidi de facto pergami ubi sunt quedam communitates burgorum que

ISSN 2036-7821

Nella loro forma caratteristica, gli atti compiuti nel contesto dell'amministrazione pubblica delle autonomie cittadine intendono avere quali destinatari tutti i *cives* mentre per avere validità nei confronti solo di un gruppo circoscritto di persone devono individuare con precisione tale categoria particolare, che può modificarsi in seguito all'emanazione dell'atto.

È stato appunto il caso della concessione dell'immunità, da parte della "civitas Mutinensis", al *castrum* di Bazzano e alle "ville" che vi pertengono[43], poichè in seguito a tale concessione sono sorti nuovi insediamenti qualificati come "ville" pertinenti a Bazzano, aprendo il problema se anche rispetto a queste l'atto possa avere validità.

Due notevoli intellettuali e pratici della fine del Duecento, Alberto da Pavia e Guido da Suzzara, richiesti di indicare la soluzione a questo problema, concordano nel considerare un mero espediente semantico la scelta di indicare i destinatari dell'atto con una categoria generale, fermo restando che sono solo i soggetti esistenti al momento dell'emanazione e nessun altro.

Tale soluzione risente di una impostazione logica in senso lato nominalistica per cui il termine di portata generale è in grado di svolgere unicamente la funzione di indicare una serie di individui.

Alberico da Rosciate riporta questa vertenza ma dissente dalla soluzione indicata a suo tempo da tanto autorevoli docenti e professionisti. La scelta di indicare i destinatari dell'atto mediante una categoria generale esprime la volontà di renderlo valido per tutti i soggetti, presenti e futuri, che possono rientrare in quella categoria.

Anche questa seconda e diversa soluzione è resa possibile da un orientamento logico, di segno opposto, per cui i termini universali, quali quelli che indicano un genere, sussistono di per sè, indipendentemente dagli individui che al genere possono essere ricondotti e possono significare un numero indefinito di individui riconducibili al genere.

Al di là dell'orientamento logico-giuridico, la soluzione di Guido da Suzzara esprime una diffidenza verso la funzione amministrativa delle autonomie cittadine che risulta infatti accettabile solo se ha una estensione limitata e definita. L'orientamento di Alberico da Rosciate appare invece volto a consolidare l'attività amministrativa nel contesto delle autonomie cittadine fissando i criteri che permettano di estenderne per quanto possibile l'ambito di applicazione.

---

non tenentur ad aliqua onera nisi quando civitas subit et ideo in fraudem dictarum communitatum quando commune volebat eis imponere aliquod opus puta refectionis stratarum imponebat modicam partem toti civitati".

[43] I, 116, p. 59: "Mutine fuit de facto talis questio civitas mutinensis concessit immunitatem cuidam suo castro bazani cum villis suis… quedam villa fuit postea edificata in territorio castri bazani et dubitabatur an gaudere debeat dicta immunitate. Albertus papiensis tenuit quod non… et idem Guido iii fo ver sed pone questionem de facto mutinenses: qui tempore immunitatis concesse non videtur de ista villa cogitatum .. argumentum tamen contrarium C qui res pignori obligantur ubi de hoc plenissime dixi".

ISSN 2036-7821

3. 2 L'efficacia

L'efficacia degli atti amministrativi è connessa alla possibilità di imporne l'osservanza, configurando in capo ai soggetti passivi un dovere di obbedienza[44].

La scelta compiuta dalle autonomie cittadine dell'Italia centro settentrionale (a partire dalla metà del XIII secolo e dispiegantesi nella sua compiutezza durante il secolo successivo) di dotarsi di apparati sempre più articolati e complessi per amministrare i diritti e i poteri pubblici richiedeva che l'agire di tali apparati risultasse incisivo, il che appare banale alla sensibilità del nostro presente ma non doveva esserlo in quel contesto storico istituzionale.

Il carattere vincolante dell'atto amministrativo assume aspetti problematici nel caso in cui questo richieda ai destinatari di realizzare comportamenti palesemente contrari ai contenuti del diritto naturale o a principi generali di giustizia e di equità, oppure di compiere qualcosa che danneggerebbe in modo grave le persone o i beni o gli interessi dei destinatari stessi o al limite anche di altri soggetti.

Se i contenuti dell'atto risultano irrimediabilmente contrari a esigenze basilari di giustizia, l'atto non è vincolante, pur non essendo specificato se si tratti di un atto inesistente o di un atto esistente ma incapace di produrre effetti.

Viene invece escluso che possano rilevare le intenzioni di chi ha emanato l'atto e le finalità che intendeva conseguire, poichè rilevano solo i contenuti oggettivi.

La correlazione necessaria tra l'atto e i soggetti per i quali deve risultare vincolante è posta in essere da un disposto dell'ordinamento giuridico particolare, che precede non solo il singolo atto in sé considerato ma anche l'assunzione da parte del funzionario dell'incarico che lo autorizza a emanare l'atto e ne fa il responsabile[45].

Ancora a Trecento inoltrato determinate funzioni amministrative non erano organizzate in apparati consolidati e previsti da norme statutarie ma erano poste in essere *ad hoc*, in seguito a una manifestazione di volontà da parte dei componenti di una collettività.

L'interrogativo è se gli atti che il funzionario così istituito compie nell'esercizio dei compiti conferitigli risultino vincolanti per tutti i componenti della collettività o solo per quelli che concretamente lo hanno costituito. La domanda è significativa se si tiene conto che diversi membri della collettività, per quanto non la maggioranza quantitativa di essa, potevano non avere partecipato alla decisione con cui l'incarico è stato istituito e quindi affidato a una determinata persona, oppure potevano avere

[44] II, 154, p.159: "Quid si statuto simpliciter caveatur quod subditi teneantur obedire preceptis potestatis ipse alicui precipit aliquid grave vel iniustum, nunquid tenetur obedire? Dic quod non etiam si iurasset quia semper subintelligitur de licitis et honestis".

[45] I, 53, p. 35: "tangitur per Galeotum in Margarita Si sindicus constituatur non solemniter ab aliqua universitate.. si iste sindicus litigando an teneatur saltem illi qui fuerunt presentes constitutioni".

ISSN 2036-7821

avuto e manifestato convinzioni diverse, non ritenendo opportuno costituire un funzionario per svolgere quel compito oppure conferire l'incarico a quella persona.
L'impossibilità di indicare una risposta manifesta le incertezze e le difficoltà che il pensiero giuridico tra XIII e XIV secolo incontra intorno al tema del soggetto collettivo[46]; in particolare le modalità con cui si forma la volontà del soggetto collettivo, la responsabilità che di conseguenza è in grado di contrarre[47], perchè la collettività ("universitas") non riesce a venire pensata se non come la sommatoria dei singoli che la compongono ma allo stesso tempo le viene riconosciuta una qualche forma di soggettività giuridica.
Gli atti amministrativi non si dirigono solo verso determinati soggetti ma anche verso determinati beni, che ne rappresentano i destinatari e che a loro volta devono risultare vincolati dal disposto degli atti[48].
Si può porre un interrogativo quanto all'estensione della validità dell'atto solo in base alla competenza di chi lo ha emanato e all'estensione delle sue funzioni e dei suoi poteri, perché solo spostando l'attenzione dall'atto in sé considerato al suo responsabile risulta possibile definire e circoscrivere l'ambito dei beni rispetto ai quali l'atto è vincolante.
Il discorso relativo all'efficacia riguardo ai beni risulta così diverso da quello riguardo alle persone, per l'ovvia considerazione che manca in questo caso completamente l'elemento soggettivo nei destinatari dell'atto, relegati in un ruolo di assoluta passività.

3.3 La revocabilità

Poteva rendersi necessario modificare un atto già entrato in vigore, a seconda del mutare delle circostanze, ma la stabilità dell'atto ne costituiva un punto di forza e una caratteristica da preservare contro ogni tentativo di rendere l'azione amministrativa dei pubblici poteri qualcosa di tanto incerto da finire preda di interessi di parte.
Una soluzione poteva consistere nel distinguere tra le tipologie di atti dove l'esigenza di stabilità era più intensa, sconsigliando di aprire spazio alla possibilità di

[46] E non solo del pensiero giuridico, cfr. E. ARTIFONI, Tra etica e professionalità politica : la riflessione sulle forme di vita in alcuni intellettuali pragmatici del Duecento italiano, in Vie active et vie contemplative au Moyen Âge et au seuil de la Renaissance, Rome, 2009, pp. 3-22

[47] J. HEERS, La ville au Moyen-Age, Paris, 1991; E. CONTE, Comune proprietario o comune rappresentante? La titolarità dei beni collettivi tra dogmatica e storiografia, in Rivista di diritto agrario, 78, 1999, pp. 181-205

[48] III, 2, p. 195: "bona [publicanda] pertineant ad civitatem in cuius territorio sunt… p. 196 Solvendo distinguit aut iudex qui bona publicavit iurisdictionem habet a iure communi et pena imponitur secundum ordine iuris communis, aut utrunque vel alterum procedit a iure municipali: primo casu publicatio et effettua extenditur ad omne locum subiectum iuri communi non ut sint publicata per illam sententiam sed publicanda et incorporanda in fiscum auctoritate talis sententie per officiales tamen illius territorii quo sunt sita bona… Secundo casu principali quando publicatio facta est auctoritate iuris municipalis tunc puto quod publicatio non extendatur ad loca non subiecta iurisdictioni illius iudicis".

ISSN 2036-7821

modificarli una volta emanati, e le tipologie dove invece emergeva maggiormente l'opportunità di salvare l'esistenza dell'atto proprio grazie alla possibilità di adattarlo al mutamento delle circostanze in cui andava a collocarsi[49].
L'atto che contiene una obbligazione contrattuale, o che può produrla, che vincola il soggetto collettivo, non può venire modificato, come neppure un atto emanato per risolvere una vertenza, perchè partecipa della necessaria stabilità della "res iudicata" pure mancando dei requisiti formali di una decisione giudiziale.
Al contrario, l'atto che, esprimendo la funzione amministrativa, formula un mandato va considerato sottoposto alla medesima disciplina, per cui il mandante può sempre revocarlo o modificarne i contenuti. Così pure l'atto amministrativo dispositivo, il cui scopo è costituito dal garantire e realizzare l'interesse generale e condiviso della collettività nel suo insieme, risulta totalmente disponibile purché sussista una motivazione fondata sempre sull'interesse generale e purchè tale motivazione risulti esplicitata nell'atto che annulla o modifica l'atto precedente.
Se invece l'atto si propone di realizzare l'interesse particolare, al limite di un singolo componente la collettività, non può mai venire annullato ma solo modificato qualora un mutamento nelle circostanze esterne renda impossibile, in tutto o in parte, ottenere lo scopo che l'atto originario si prefiggeva, mantenendone in vigore il disposto.
A tale punto il riferimento all'interesse generale e condiviso della collettività è il vero elemento cruciale nell'atto amministrativo, da potere produrre, riguardo a un atto che configura una obbligazione contrattuale, conseguenze opposte a quelle appena illustrate, come nel caso in cui modificando o annullando un atto già emanato e entrato in vigore risulti possibile ottenere lo scopo che l'atto originario si prefiggeva, ma con maggiore efficacia o a condizioni migliori[50]. Se il soggetto collettivo è parte in una compravendita già conclusa senza che sia avvenuto il trasferimento della cosa, e se un altro soggetto, diverso dalla controparte originaria, offre condizioni migliori; allora il soggetto collettivo può ritrattare la compravendita, annullando gli atti relativi, poichè in questo modo l'interesse generale e diffuso risulta meglio garantito.

4. La funzione amministrativa e i soggetti incaricati

[49] I, 16 p. 19: "Albertus Papiensis distinguit aut decuriones decreverunt sententiando aut mandando aut contrahendo aut statuendo. Si sententiando nunquid possunt mutare. Si mandando re integra possunt revocare mandatum sicut posset quilibet privatus. Si contrahendo non possunt contravenire. Si statuendo aut illud statutum pertinet solum ad publicam utilitatem vel negotia civitatis tunc bene potest ex causa tolli vel rescindi, si autem pertinet ad privatam utilitatem alicuius puta quia concesserunt alicui medico vel doctori immunitate tunc quia ius est illi quesitum civitas non potest illud tollere eo invito quia nemo potest mutare consilium in alterius detrimentum".
[50] I, 25, p. 23: "venditiones perfectas civitas possit retractare alio meliore conditione offerente".

ISSN 2036-7821

Più che all'atto in sé considerato, i testi elaborati da Alberico da Rosciate dedicano attenzione al soggetto che emana l'atto e ne è responsabile, manifestando il lavorio degli intellettuali giuristi per delineare una figura generale e astratta, che esercita determinati poteri affidatigli dall'autorità politica in vista dell'interesse generale della collettività e per obliterare la dimensione della soggettività in chi si vede affidare compiti e funzioni di amministrare la cosa pubblica.
Si manifesta in questa raccolta di *quaestiones*, per la prima volta nel percorso storico dei discorsi del sapere giuridico, il tema ancora cruciale e costitutivo della immedesimazione organica che dissolve la soggettività del funzionario[51].
Appare pertanto possibile individuare qui il momento originario della sostanza, se non della definizione, del 'funzionario amministrativo', che invece le sistemazioni di diritto amministrativo attuale più sensibili alla dimensione storica e genetica del presente collocano nell'ultima fase dell'*Ancien Régime*[52].

4.1 L'accesso all'incarico

L'accesso agli incarichi amministrativi era regolato da norme statutarie in modo tanto rigido da dare spesso adito a difficoltà e tensioni[53].
La modalità più diffusa per individuare i responsabili degli incarichi pubblici consisteva nel designare una commissione elettorale con tutte le componenti in cui la collettività cittadina riconosceva di essere articolata: secondo la suddivisione del centro urbano in aree corrispondenti alle porte nella cerchia muraria, nella

[51] M. MONTEDURO, Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema, Persona e amministrazione, 8 (2021), pp. 49-89.

[52] M. D'ALBERTI, Lezioni di diritto amministrativo, 6a ed., Torino, 2021, pp. 7-9.

[53] II, 17, p. 114: "statutum est de quatuor quarteriis illius civitatis eligantur quatuor electores qui uno anno debeant eligere credendarios postea aliqui ex electis mortui sunt electores loco mortuorum volunt alios eligere queritur an possint. Et videtur quod non… Sed qui statutum dicit quod debeant eligere unde videtur eis repetitum ius eligendi". IV, 91, p. 298: "Statutum est in civitate quod nullus bannitus possit esse consul. Quidam qui habuit sortem eligendi elegit ticium bannitum in consulem, qui ticius hoc cognito fecit se eximi et cancellari de banno et vult iurare officium consularem, opponitur sibi quod non potest quia tempore electionis erat bannitus, queritur primo an iste ticius admitti debeat, an elector possit album eligere. In libro magno questione disputatarum est mihi questio 240 et fuit Jacobi de Arena. Primo allegat contra ticium quia admitti non possit…p. 299 Solutio repellit hunc electum rei publice offensio nam in magistratum rei publice presentatur.. enim sit absolutus manent relique prioris turpitudinis.. Item repelli eum municipalis sanctio, cum enim prohibeatur banitum esse consulem… In contrarium pro electo faciunt statuti considerata inspectio, in ipso statuto non est proibita electio banniti sed esse in officio ut ex verbi statuti apparet a quibus non est recedendum… Officiali tria debent occurrere ut sit ut habeatur vires ut has vires in actum producat: quid sic esse debet officialis vires habet ex legiptima electione , que vires ex confimatione et electione producuntur in actu in ingresso officii… An ille qui elegit iterum eligere possit? Videtur quod sic, quia prima electio fuit nulla.. et quia statutum quid concedit potestati electionibus de effectuali electione debet intelligi.. nec potest electori culpa imputari quia difficile est cognoscere bannitum a non bannito.. p. 300 In contrarium facit quia qui eligit non a se habet auctoritatem eligendi sed ab ordine seu consilio.. et ideo fungi dicitur vice delegantis non sua.. delegatus autem si prima sententia fuit nulla non pronunciat iteratio.. et hanc partem solvendo tenuit cum in eligendo fuit simplex minister et habuit officium momentaneum.. et ideo sive bene sive male eligat apud eum non residet amplius ius eligendi sed ad decuriones revertitur".

ISSN 2036-7821

consapevolezza che i cittadini erano tutti sullo stesso piano, o sulla base delle associazioni professionali di riferimento, o delle formazioni politico partitiche, oppure ancora valorizzando lo statuto personale (nel caso dei *milites*).
Gli elettori erano tenuti a procedere in una unica soluzione e la procedura non poteva venire sospesa nè tantomeno reiterata.
Qualora il titolare di un incarico fosse deceduto, risultava però auspicabile derogare al disposto che vietava l'iterazione della procedura elettorale. Si può ricostruire il ragionamento che rimane peraltro implicito: il decesso del titolare dell'incarico, oggetto a suo tempo dell'elezione, rende inesistente l'atto compiuto dagli elettori che pertanto non verrebbe ripetuto ma esercitato per la prima e unica volta.
Va tenuto presente che la scelta doveva ricadere tra quanti godevano appieno dello statuto personale di *civis* e dei diritti politici attivi e passivi; criteri che, nei regimi a partecipazione più ristretta, individuavano poche centinaia di individui se non forse poche decine.
Non era pertanto infrequente che gli elettori si trovassero a scegliere chi, pure possedendo i requisiti fondamentali per assumere l'incarico, era impedito a farlo da ragioni contingenti.
Gli ordinamenti giuridici delle autonomie cittadine disciplinavano l'accesso agli incarichi pubblici stabilendo ben precise condizioni di ineleggibilità mediante norme inderogabili; non risultando possibile la soluzione più ovvia, ossia ripetere la procedura di designazione, data la non reiterabilità, era necessario percorrere altre strade.
La distinzione tra l'elezione e l'assunzione dell'incarico poteva permettere di riferire l'incapacità del soggetto passivo a assumere l'incarico ma non all'essere oggetto di elezione. Per quanto tale argomentazione fosse ineccepibile sul piano formale, nella sostanza non era capace di risolvere il problema poichè l'incarico restava comunque vacante.
Il riferimento all'istituto della devoluzione, in questo caso dal delegato al delegante, forniva una via d'uscita più efficace. Trovandosi infatti il delegato, ossia la commissione elettorale, nell'assoluta impossibilità di svolgere la funzione questa era riassunta dal delegante, il soggetto politico e istituzionale che ha conferito, nel quadro dell'ordinamento dell'autonomia cittadina, la funzione elettorale.
Dato il divieto assoluto di reiterare l'elezione, il problema poteva essere risolto solo considerandola pienamente valida e produttiva di tutti gli effetti previsti, col rimuovere la causa di ineleggibilità, il che era spesso difficile o impossibile.
Se veniva eletto un cittadino che già ricopriva un incarico pubblico, o se la stessa persona veniva eletta contestualmente a due incarichi, poteva optare per l'uno o per l'altro, a meno che una norma precisa non lo obbligasse a mantenere la carica che

ISSN 2036-7821

ricopriva oppure a assumere la prima per cui era stato eletto[54]. Le due soluzioni appaiono e vengono presentate nel testo di Alberico da Rosciate come molto diverse, o meglio contrapposte. La scelta, non viene detto esplicitamente ma appare chiaro, tra l'una e l'altra non può che essere demandata all'ordinamento: sarà una norma a dovere disporre come regolarsi in simili casi, quale criterio scegliere.

Condizione oggettiva di ineleggibilità era anche avere ricoperto un incarico pubblico molto di recente[55]. Il divieto al cumulo degli incarichi pubblici si presenta pressochè in tutti gli ordinamenti delle svariate autonomie cittadine e la norma che vieta di assumere incarichi pubblici a chi è da breve tempo cessato da un incarico pubblico, o perlomeno da alcuni tra quelli ritenuti più delicati e strategici, ne rappresenta una variante.

Lo spirito e la ragione di simili disposti appaiono evidenti: in negativo, evitare che una persona concentri in sé funzioni pubbliche venendo così a rappresentare una convergenza di poteri; in positivo, assicurare il ricambio negli incarichi attraverso una rigorosa e rapida turnazione.

In tale modo doveva sembrare possibile realizzare l'ideale del governo partecipato, assicurando a tutti i componenti della collettività la possibilità di accedere agli incarichi pubblici e evitando che uno o più tra questi componenti potesse assumere un ruolo egemone nelle istituzioni.

In un caso concretamente verificatosi a Padova e portato all'attenzione di Jacopo d'Arena, solo due persone erano legittimate a ricoprire un determinato incarico e una di queste era in condizioni di ineleggibilità, per averne di recente ricoperti altri. Pertanto, la scelta cade obbligatoriamente sull'altro ma in questo modo non la si può considerare una elezione.

Tra le condizioni soggettive di ineleggibilità spicca il legame di sangue con uno degli elettori, al fine di evitare che chi veniva delegato a svolgere la funzione elettorale

[54] II, 18, p. 114: "pone quidam secundum formam statuti electus fuit primo ad unum officium secondo eligitur ad aliud officium vult acceptare primum et secundum repudiare queritur an possit et videtur quod sic.. sicut et tutor datus duobus potest eligere quem vult… In contrarium videtur quod teneatur acceptare primum".

[55] I, 132, 65: "In civitate Florentie statutum est quod tempore ellectionis potestatis tres elligantur. Et si primus repudiat secundus admittatur. Si secundus repudiat admittatur tertius primus repudiat secundo pretermisso pertuis venit et exercuit officium potestarie secundum petit salarium dicens per eum non stetisse quando exercet officium: queritur an sibi debeatur arguitur quod sic quia est sibi quesitum ius per ellectionem". II, 160, p. 162: "Pergami est statutum quod eodem tempore quis non possit habere duo officia, aliquis habens unum officium electus est ambasiator, vult se excusare quasi ambasiator sit officium, nunquid possit? Dic quod sic". II, 161, p. 162: Padue est statutum quod qui habuit officium canepe et sigilli communis non potest aliud habere usque ad triennio tempore quo eliguntur officia simul ponunutur omnia nomina officiorum in uno capello et nomina consiliariorum in alio, accidit quod duo tantum in fine remanserunt officia, unum quorum erat officium canepe et sigilli et illud habuit ultimus qui remanserat in capello et qui illud habuerat in tres annos et sic non poterat habere obstante statuto, onde dicit penultimus qui eum precessit qui debet habere illud officium et officium qui ipse habuit debet pertinere ad illud ultimum et permutatio ipsorum officiorum fieri debet inter eos ut statutum servetur et cum officium canepe et sigilli non posset deberi illo ultimo non erat locus sorti, determinatum fui quod permutatio fieri debetur.. Iacobus de Arena".

ISSN 2036-7821

consolidasse un potere familiare; poteva accadere che le uniche persone altrimenti eleggibili si trovassero in condizioni di ineleggibilità in conseguenza dei vincoli di consanguineità[56]. La soluzione proposta da Omobono da Cremona[57] risolve sul piano formale, anche se rivela chiaramente l'intento di aggirare la tassatività del divieto in questione. Si fonda sul presupposto che l'elezione, nel caso in cui sia appunto affidata a una commissione, è un atto collegiale e non solidale. Risulta allora sufficiente che l'elezione non sia riconducibile all'elettore consanguineo dell'eletto, il che poteva facilmente essere se questi aveva formulato e fatto registrare formalmente un voto contrario.

Causa di ineleggibilità potevano essere condizioni personali del singolo soggetto[58], conseguenza di provvedimenti assunti nei suoi confronti e impedienti a adire le cariche pubbliche per le norme di quel determinato ordinamento.

È con ogni evidenza il caso di chi è stato escluso dall'appartenenza a una determinata comunità politica e al relativo ordinamento. Nei contesti delle autonomie cittadine e

[56] II, 15, p. 113: "statuto cavetur quod quis non possit ad officia fratrem eligere, sex erant ellectores ad elligendum duos massarios communis elegerunt unum qui erat frater unius electoris: queritur an electio valeat et videtur quod sic… dominus Ho doctor antiquus dicit quod si ista electio facta fuit ab aliis electoribus fratre contradicente quod valeat tanquam facta a maiori parte electorum.. idem dicit si non eligerent sed eligentibus expresse consentiret… si autem ipse frater fratrem suum cum aliis electoribus expresse elegisset tunc dicit quod viciosa esset electio quia facta contra statutum nec potest dici quod ex persona aliorum electorum valeret".

[57] La sigla "Ho." presente nel testo di Alberico da Rosciate identifica senza dubbio questo autore; E. BESTA, Per la sigla del glossatore Omobono da Cremona, in Archivio giuridico 'F. Serafini', 54, 1895), pp. 185-190

[58] II, 193, p. 184: "Quid si statuto caveatur quod nullus eligi potest in potestate florentie nisi sit miles et guelfus, aliquis electus est qui nec est miles nec est de parte guelfa et ita non valet electio obstante statuto, iste offert se paratum ire ad regimen, florentini recusant, iste petit salarium cum per eum non stet, debet habere salarium". IV, 99, p. 304: "quero an banniti possint elegi ad honores et officia in aliis civitatibus in quibus non sunt banniti et videtur expressum quod sic… In contrarium videtur quia sunt infames infamia facti… Vidi servari quod in aliis civitatibus admittuntur nisi forte essent ille civitates subdite domino eiusdem dominii a quo bannitus est tunc enim reputatur bannitus in omnibus civitatibus illius domini". IV, 91, p. 298: "Statutum est in civitate quod nullus bannitus possit esse consul. Quidam quia habuit sortem eligendi elegit ticium bannitum in consulem, qui ticius hoc cognito fecit se eximi et cancellari de banno et vult iurare officium consularem, opponitur sibi quod non potest quia tempore electionis erat bannitus, queritur primo an iste ticius admitti debeat, an elector possit alium eligere. In libro magno questione disputatarum est mihi questio 240 et fuit Jacobi de Arena. Primo allegat contra ticium quia admitti non possit…[p. 299] Solutio repellit hunc electum rei publice offensio nam in magistratum rei publice presentatur.. enim sit absolutus manent relique prioris turpitudinis.. Item repelli eum municipalis sanctio, cum enim prohibeatur banitum esse consulem… In contrarium pro electo faciunt statuti considerata inspectio, in ipso statuto non est proibita electio banniti sed esse in officio ut ex verbi statuti apparet a quibus non est recedendum… Officiali tria debent occurrere ut sit ut habeatur vires ut has vires in actum producat: quid sic esse debet officialis vires habet ex legiptima electione , que vires ex confimatione et electione producuntur in actu in ingresso officii… An ille qui elegit iterum eligere possit? Videtur quod sic, quia prima electio fuit nulla.. et quia statutum quid concedit potestati electionibus de effectuali electione debet intelligi.. nec potest electori culpa imputari quia difficile est cognoscere bannitum a non bannito.. [p. 300] In contrarium facit quia qui eligit non a se habet auctoritatem eligendi sed ab ordine seu consilio.. et ideo fungi dicitur vice delegantis non sua.. delegatus autem si prima sententia fuit nulla non pronunciat iteratio.. et hanc partem solvendo tenuit cum in eligendo fuit simplex minister et habuit officium momentaneum.. et ideo sive bene sive male eligat apud eum non residet amplius ius eligendi sed ad decuriones revertitur".

ISSN 2036-7821

degli ordinamenti giuridici che esprimevano, la condanna al bando, temporaneo o perpetuo, era, come noto, lo strumento più frequente per realizzare tale esclusione[59].
Non versa in tali condizioni chi, essendo stato bandito da una comunità cittadina, si è trasferito in un'altra città e è entrato a fare parte della comunità politica relativa, ottenendone i diritti. Il bando comminato entro il contesto dell'ordinamento particolare di una determinata città non era infatti atto a produrre effetti di alcun genere entro gli ordinamenti particolari di altre città.
Il problema si pone solo nel caso in cui ordinamenti giuridici di città diverse si trovino subordinati al medesimo centro di potere pubblico, ad esempio per avere conferito i poteri di arbitrio alla stessa persona. A Trecento inoltrato, si trattava di un caso non infrequente in particolare nell'area padana. Si ricordi che Alberico da Rosciate aveva avuto un ruolo chiave, in quanto consulente giuridico di Azzone Visconti e redattore di alcuni testi statutari[60], nella costruzione di un coerente dominio visconteo esteso su diverse città lombarde.
Non è affatto fuori luogo pensare[61] che sia stato il grande giurista bergamasco a intuire che questa costruzione sarebbe rimasta un cumulo di poteri pubblici privi di collegamento e pertanto depotenziati senza una sinergia tra le varie posizioni dominanti di cui Azzone Visconti e i suoi discendenti godevano nei diversi contesti cittadini. Era cioè necessario rendere comunicanti ordinamenti distinti e reciprocamente estranei.
Uno strumento molto significativo e efficace poteva consistere nel fatto che i provvedimenti assunti nei confronti di un soggetto nel contesto di un ordinamento particolare avessero vigore anche in tutti gli altri ordinamenti che riconoscevano l'egemonia della medesima autorità.
Si comprende appieno allora la motivazione e il portato di affermare come chi era stato bandito da una città che riconosceva un 'dominus' non potesse adire gli incarichi pubblici in nessuna altra città sottoposta al medesimo.

4.2 La cessazione dall'incarico

Gli ordinamenti delle autonomie cittadine disponevano in modo non meno rigido quanto alla durata in carica, di regola sei mesi e mai superiore a un anno, escludendo la possibilità di reiterare l'incarico appena cessato[62]; al fine di realizzare il regime partecipato, evitando che potessero instaurarsi situazioni di potere personale.

[59] G. MILANI, L'esclusione dal comune. Conflitti e bandi politici a Bologna e in altre città italiane tra XII e XIV secolo, Roma, 2003.

[60] STORTI, Diritto e istituzioni cit.; M. CONETTI, La dottrina dell'Impero e la donazione di Costantino in Alberico da Rosciate, in Studi di storia del diritto. II,, Milano, Giuffré, 1999, pp. 303-405.

[61] Cfr. le considerazioni avanzate da chi scrive nel saggio citato supra.

[62] I, 158, 92: "Vidi etiam fieri talem fraudem statuto quo cavebatur quod potestas nullo modo posset ultra tempus suum confirmari sub magnis penis: amici cuiusdam potestatis volentes quod finito regimine adhuc remaneret in officio et non audentes metu statuti petere confirmari: ordinarii fecerunt quod nullo potestas

ISSN 2036-7821

Diverse esigenze potevano però consigliare che il funzionario rimanesse in carica oltre il termine stabilito.
Una soluzione formalmente rispettosa della norma ma che otteneva lo stato di cose che questa voleva escludere, consisteva nel fare in modo che non venisse eletto il successivo titolare, poichè il titolare cessato era tenuto a restare in carica fino a quando un altro fosse stato pronto ad assumerla.
Tale *escamotage* doveva risultare efficace se, come ci segnala il testo di Alberico, veniva spesso praticato, col consenso o per lo meno l'acquiescenza da parte della collettività o delle sue componenti più significative, poichè consolidava situazioni di potere (personale, familiare, di consorteria o di gruppo) che già godevano di un consenso diffuso, e permetteva di mantenere in carica una persona apprezzata per le sue competenze, del cui apporto la collettività non si sarebbe voluta privare volentieri.
L'unica soluzione compatibile formalmente con l'ordinamento si basava sulla distinzione netta tra la reiterazione dell'incarico e la sua proroga, se il soggetto politico da cui dipendeva l'incarico pubblico con un provvedimento eccezionale prorogava in carica il titolare, per un tempo stabilito e di durata non superiore a quella di un mandato.
Tale atto non si presentava in conflitto con la lettera della norma statutaria che vietava esplicitamente la reiterazione dell'incarico. Qualora però dalla superficie testuale della norma si passi a considerare le ragioni del disposto, emerge chiaramente anche in questo caso l'aspetto fraudolento.

4.3 Il rapporto funzionariale

Nessun dubbio sussisteva in merito al diritto di chi ricopriva un incarico pubblico a ricevere un congruo emolumento su base periodica. La questione del salario poteva però assumere profili di notevole complessità, come in due casi molto simili verificatisi nelle dinamiche istituzionali e amministrative fiorentine[63].

elligeretur usque ad sex menses ita quod iste preservaretur in officio". II, 159, p. 161: "Querit ipse Gabriel si statuto caveatur quod officia civitatis non debeant repeti, potestas volens facere gratiam alicui officiali et nolens in statutum incidere dicit prorogo officium talis usque ad sex menses, an valeat talis prorogatio vel non et an facta sit contra statutum, et videtur quod valeat quia non videtur repetitum officium sed idem continuatum… In contrarium videtur quia factum videtur in fraudem et contra verba et mentem statuti et hoc puto verius".

[63] I, 132, 65: "In civitate Florentie statutum est quod tempore ellectionis potestatis tres elligantur. Et si primus repudiat secundus admittatur. Si secundus repudiat admittatur tertius primus repudiat secundo pretermisso tertius venit et exercuit officium potestarie secundum petit salarium dicens per eum non stetisse quando exercet officium: queritur an sibi debeatur arguitur quod sic quia est sibi quesitum ius per ellectionem". II, 193, p. 184: "Quid si statuto caveatur quod nullus eligi potest in potestate florentie nisi sit miles et guelfus, aliquis electus est qui nec est miles nec est de parte guelfa et ita non valet electio obstante statuto, iste offert se paratum ire ad regimen, florentini recusant, iste petit salarium cum per eum non stet, debet habere salarium".

ISSN 2036-7821

Entrambi vedono la persona regolarmente eletta non assumere l'incarico per motivi non dipendenti dalla sua volontà. La domanda è se questi abbia diritto a percepire il salario relativo.

La soluzione è favorevole alle ragioni del richiedente, sul presupposto della distinzione tra elezione e assunzione dell'incarico, due atti separati e successivi dove il primo è la causa del secondo, che non potrebbe sussistere di per sè; secondo lo schema aristotelico di potenza e atto la riflessione dei giuristi, fra Duecento e Trecento, tende a vedere l'assunzione della carica quale mera attualizzazione dell'elezione, per cui l'esercizio di un potere pubblico viene concepito quale momento distinto ma non separabile dalla sua legittimazione[64].

Appare allora chiaramente che il salario non viene pensato come una ricompensa per l'impegno profuso nello svolgimento attuale dell'incarico, ma qualcosa di dovuto a chi è legittimato a assumere l'incarico.

Gli ordinamenti delle autonomie cittadine riconoscevano anche il diritto a vedersi rimborsare le spese straordinarie sostenute per svolgere le funzioni connesse a un incarico amministrativo, come le trasferte al di fuori della sede operativa e del territorio di competenza, o a percepire una diaria[65].

Nel caso in cui la missione appena iniziata avesse dovuto interrompersi bruscamente, a causa di un mutamento nelle circostanze che l'avevano resa necessaria o opportuna, se aveva avuto comunque inizio determinando la necessità di fronteggiare per lo meno alcune spese, la soluzione indicata da Uberto da Bobbio è che la diaria, se non altro per quel primo giorno, vada comunque corrisposta.

Molto spesso il titolare di un incarico pubblico, soprattutto se si tratta di un incarico cui si accompagnano notevoli responsabilità, oltre a ricevere il compenso e eventualmente i rimborsi previsti gode di alcuni sostanziosi benefici, per lo più sotto forma di esenzioni tributarie e sgravi fiscali[66].

Tale situazione favorevole, espressamente creata dall'ordinamento statutario, non viene posta in discussione, poichè evidentemente sembra a tutti, a cominciare dagli intellettuali giuristi[67], sensata e accettabile, una sorta di contropartita alle responsabilità gravose connesse con gli incarichi amministrativi.

---

[64] Notazioni importanti sull'uso di questo schema aristotelico nelle culture e linguaggi politici tra Duecento e Trecento in G. C. GARFAGNINI, Cuius est potentia eius est actus, in Filosofia e cultura. Per Eugenio Garin, I, Roma, 1991, pp. 101-34.

[65] I, 118, 60: "Statutum est Ferrarie quod quotiens potestas exit civitatem et districtum pro negotiis communis habeat centum soldos in die: potestas exivit pro quodam negotio communis cum fuit iuxta confinem obviavit nuntio differenti litteras quod negotium erat expeditum: hospitatus fuit in confinibus quia non poterat ea die ad civitatem reverti vult petere salarium et determinatum fuit quod debet habere Ubertus de Bobio".

[66] II, 210, p. 191: "Quid si statuto caveatur quod potestas non teneatur solvere datium de his que pertinent ad usum suum? Nunquid intelligeretur etiam de hiis que pertinent ad usum familie sue, videtur quod non".

[67] Tuut'altro che disinteressati, dal momento che, per ovvi e fondati motivi, erano sistematicamente scelti a ricoprire i più prestigiosi e delicati tra tali incarichi.

ISSN 2036-7821

L'interrogativo si poneva semmai se detti vantaggi potessero estendersi anche ai collaboratori del responsabile, che erano comunque chiamati a compiti impegnativi.
Gli intellettuali giuristi si orientano in senso negativo, perché assume un ruolo decisivo la responsabilità; solo chi è responsabile dell'atto ha diritto a godere di benefici materiali, che rappresentano così una sorta di indennità.

5. Rappresentanza e responsabilità

5.1 Il funzionario amministrativo, rappresentante della collettività

Chi svolge determinate funzioni e compie gli atti necessari in nome e nell'interesse della collettività, che lo ha costituito in carica e gli ha affidato i compiti relativi, rappresenta questo soggetto collettivo che risulta vincolato e obbligato dagli atti del suo funzionario[68].
Chi scrive nutre qualche dubbio in merito all'efficacia della distinzione tra *officium* e *munus* elaborata da Massimo Severo Giannini[69], al fine di cogliere la peculiarità del rapporto tra il funzionario e la collettività nelle autonomie politiche italiane del medio evo maturo; dove l'*officium* imputa all'ente per cui agisce solo il risultato pratico degli atti giuridici che compie, non gli atti stessi nè i loro effetti giuridici; mentre il titolare del *munus* può imputare il risultato dei propri atti al soggetto di cui cura gli interessi.
I problemi che il discorso di sapere dei giuristi nel medio evo maturo si trova a esprimere sono diversi; non è in discussione l'imputabilità dell'atto compiuto dal funzionario e dei suoi effetti giuridici all'ente collettivo in nome del quale agisce, per curarne gli interessi collettivi; ma solo la modalità di questo nesso.
Si segnalano qui, come in altri contesti, le difficoltà attraversate dal pensiero giuridico del medio evo maturo a attribuire alla collettività una dimensione soggettiva distinta da quella dei singoli suoi componenti; pertanto l'atto compiuto dal suo incaricato e rappresentante può risultare vincolante per ciascuno di questi solo in virtù di un nesso che si istituisca tra loro.
Se, come accade sovente nelle fasi mature del percorso storico e istituzionale delle autonomie cittadine, gli incarichi pubblici sono previsti dall'ordinamento, che ne stabilisce le attribuzioni e le responsabilità, il rapporto tra chi ricopre l'incarico per conto della collettività e la collettività stessa, come sommatoria dei singoli suoi componenti, viene delineato dalla norma in termini di generalità e astrattezza, tanto

[68] Q. SKINNER, From Humanism to Hobbes. Studies in Rhetoric and Politics, Cambridge 2018, pp. 29-30, ha colto e evidenziato come, nell'impostazione di Alberico, i "public officials" e i "magistrates" svolgono una vera e propria funzione di rappresentanza nei confronti della "civitas".
[69] Cfr. in sintesi M. S. GIANNINI, Diritto amministrativo, I, Milano, 1970, pp. 207 e ss.

ISSN 2036-7821

da determinare che gli atti da questi compiuti possano di per sè fare sorgere una obbligazione in capo alla collettività.
Il caso, del tutto diverso, in cui la collettività abbia posto in essere una funzione e il relativo incarico attraverso una deliberazione specifica che ne definisce compiti e responsabilità[70] solleva l'esigenza di definire con quali modalità e per quali soggetti tale deliberazione risulti vincolante, ossia quali soggetti saranno concretamente obbligati dagli atti compiuti dal titolare di tale incarico. Alberto Galeotti nella *Margarita* afferma che solo chi ha deliberato di porre in essere l'incarico amministrativo individuandone il titolare deve considerarsi obbligato dagli atti che questi compie.
In quanto rappresentante del soggetto collettivo, chi svolge un incarico pubblico ha il diritto di esercitare, nei confronti dei componenti la collettività stessa[71], i poteri previsti e dettagliati dall'ordinamento giuridico e solo questi. Si ha qui una, ennesima, manifestazione del principio di legalità nell'amministrazione delle funzioni pubbliche coi relativi poteri, che dovrebbe assicurare la certezza nei rapporti con l'autorità.
Per esercitare i poteri inerenti al suo incarico, in modo particolare allorché ciò comporti una coercizione nei confronti dei soggetti subordinati, e per pretendere che i componenti la comunità politica gli riconoscano l'obbedienza dovuta ai sensi dei disposti normativi, il funzionario deve essere riconoscibile come tale, adottando segni convenzionali di riconoscimento sempre visibili. Rifiutare l'obbedienza dovuta a un funzionario pubblico non immediatamente riconoscibile, non dovrebbe comportare alcuna sanzione.
Emerge così in modo molto evidente l'esigenza di spersonalizzazione, per cui non rileva la dimensione soggettiva del funzionario ma solo l'incarico ricoperto, secondo una prospettiva di generalità e astrattezza, dove il segno ben visibile di riconoscimento è la manifestazione tangibile di questa dimensione istituzionale.
Il venire meno della soggettività del funzionario deriva dalla sua funzione di rappresentanza, per cui l'incarico prevale sulla persona cui è conferito, in nome e nell'interesse generale della comunità.
Tale presupposto sta alla base della norma statutaria che assegna valore probatorio alle dichiarazioni rese dal funzionario relativamente a materia di sua competenza; ad esempio, se chi è preposto al mantenimento dell'ordine pubblico dichiara che una

[70] I, 53, p. 35: "tangitur per Galeotum in Margarita Si sindicus constituatur non solemniter ab aliqua universitate.. si iste sindicus litigando an teneatur saltem illi qui fuerunt presentes constitutioni".

[71] I, 43, p. 28: "statutum est in civitate Senarum quod quis non obedierit familie postestatis vel eis iniuria intulerit puniatur in x, aliquis ex familiaribus potestatis non habebat vestes quas deferebant familiares potestatis vel habebat sub aliis pannis, unus civis non fuit ei obediens, querelatur an puniretur pena statuti et determinatum fuit quod non quia aliquid non esse vel esse et non apparere paria sunt".

ISSN 2036-7821

determinata persona portava armi proibite dalle norme vigenti, la norma statutaria considera questa dichiarazione una prova piena[72].
Va comunque tenuto presente che il valore probatorio non può e non deve escludere il diritto alla difesa nè il diritto di replica della persona oggetto di queste dichiarazioni rese dal pubblico funzionario.

5.2 La responsabilità soggettiva e oggettiva del funzionario

La spersonalizzazione del funzionario amministrativo non si traduce mai in una deresponsabilizzazione, al contrario questi è responsabile di tutto quanto compie relativamente all'esercizio delle sue funzioni e la dimensione soggettiva della sua responsabilità va a coprire anche i comportamenti omissivi[73]. Per individuare la responsabilità da comportamenti omissivi, la riflessione giuridica segnala l'opportunità di adottare un approccio sostanzialistico, come manifesta il caso del membro di un consiglio cittadino che, assente al momento in cui la seduta veniva aperta, presenziava comunque in tempo utile per prendere parte agli adempimenti richiesti. Una considerazione meramente formale avrebbe indotto a considerarlo assente ma avendo ottemperato a quanto il suo incarico richiedeva non andava sanzionato.
La responsabilità di chi svolge incarichi pubblici non riguarda soltanto gli aspetti soggettivi, i comportamenti e gli atti nell'esercizio di tali funzioni; sussiste infatti anche una dimensione oggettiva della responsabilità, come rivela l'esempio concreto di una collettività tenuta a conferire una determinata quantità di grano ai magazzini pubblici, che non può ottemperare a tale obbligo perchè, dopo avere trasportato la detta quantità di grano sino alle soglie dei magazzini, questi risultano già pieni e di conseguenza incapaci di accoglierla[74].
Responsabile del mancato conferimento è chi ha l'incarico di garantire l'approvigionamento di derrate alla comunità cittadina, non perchè tra i suoi compiti specifici rientri la sorveglianza sui magazzini e sulla loro capienza ma solo in virtù della sua competenza in materia di approvvigionamenti, che ne fa il responsabile di

[72] II, 13, p. 113: "si statuto vel reformatione caveatur quod credatur familiaribus potestatis vel capitanei dicentibus se invenisse aliquem portante arma vetita: aliquis est inculpatus de hoc per familiam ipse vult probare contrarium scilicet assertionem familie veram non esse nunquid potest. Gabriel de oselettis in suo tractatu de fama penult fo ver sed hic subicio quadam questionem tenet quod admittatur ad probandum contra assertionem officiali vel familie".

[73] II, 227, p. 193: "pone statuto caveri quod quicunque consiliarius non interfuerit consilio dum pulsabitur condemnetur in soldos centum, aliquis non interfuit in principio consilii sed antequam reformaret vel recederet consilium supervenit, nunquid condemnabitur, obtinui quod non".

[74] I, 73, p. 49: "statuto cavetur quod communitates et certi cives teneantur consignare certam quantitatem frumenti in caneva, quedam communitas volens consignare quantitatem debitam invenit canevam plenam ita quod non potuit ibi reponere an incidatur in penam statuti, dic quod non.. curare tamen debet cum iudice quod impedimentum tollatur".

ISSN 2036-7821

tutto quanto risulta finalizzato a svolgere la funzione e a conseguire gli obiettivi che questa prevede.

5.3 I profili patrimoniali

Tanto la responsabilità soggettiva quanto quella oggettiva contengono una dimensione patrimoniale[75].

Una caratteristica comune ai vari ordinamenti delle diverse autonomie cittadine sta nella previsione di un particolare incarico pubblico: i responsabili delle garanzie prestate al soggetto collettivo, investiti del compito specifico di approvare tali atti in seguito a una verifica della solidità e affidabilità dei garanti.

Nel caso abbiano approvato una garanzia che si rivela inconsistente, vanno tenuti responsabili del danno causato al soggetto collettivo e alle sue finanze. L'unica strategia che si trovano aperta per discolparsi consiste nel sostenere che al momento in cui la garanzia era stata offerta chi la prestava si mostrava fondatamente solvibile.

I testi riportati dalla collezione di questioni di Alberico da Rosciate, che prendono in esame più volte tale interrogativo, tengono fermo che responsabile della garanzia è solo chi l'ha prestata. Il danno causato all'erario appare però riferibile a due fatti diversi, che ne costituiscono entrambi la causa: il mancato versamento della garanzia e l'approvazione da parte del funzionario, riferibili alle responsabilità di due soggetti diversi, chi ha prestato la garanzia e chi la ha approvata.

La collezione di Alberico da Rosciate riporta due questioni molto simili, una tratta dalla raccolta di Guido da Suzzara e l'altra disputata da Pace di Rodolfo Pace[76]. Il consiglio di una autonomia cittadina (Pace più precisamente indica il Consiglio del Popolo di Bologna) sceglie alcune persone cui dare l'incarico salariato della custodia

[75] I, 58, p. 41: "quia communiter in civitatibus ex forma statuti elliguntur approbatores fideiussoria et securitatum que prestantur comuni et officio tam in civilibus quam in criminalibus isti approbaverunt aliquos fideiussores vel presentes erant quando potestas eos recipiebat et non contradixerunt qui postea reperiuntur non solvendo ipsi volunt probare quod erant solvendo quando recepti fuerunt, nunquid per hoc excusentur, videtur quod non… in contrarium facit…". II, 145, p. 156: "querit Guido si aliquis officialis qui dederat fideiussorem fuit absolutus postea factum fuit statutum quod omnes officiales a xii annis citra deberent sindicari non obstantibus aliquibus absolutionibus, iste absolutus fuit condemnatus an fideiussor teneatur, terminatum fuit quod non". II, 143, p. 156: "statuto cavetur quod certi stipendiati eligi debeant ad sortem in consilio civitatis ad custodiam cuiusdam castri qui durare debeant et salarium percipere per unum mensem, electi fuerunt et dederunt fideiussores de custodia dicti castri, elapso mense perseveraverunt in custodia et postea derelinquerunt castrum: queritur an fideiussores teneantur. Et videtur quod sic.. et vide Guido tertio fo ver sed pone quod statutum est quod duo capitanei". II, 163, p. 162: "questo fuit disputata per dominum pacem domini redulfi, congregato consilio populi civitatis bononie super eligendis capitaneis et custodibus castri cervie, ordinatum fuit capitaneus et custodes eligi debere ad brevia sive ad sortem et quod durarent tribus mensibus tantum, electi fuerunt capitanei et custodes et eis satisfactum per tribus mensibus et dederunt fideiussores, elapso spacio trium mensium remanserunt custodes in custodia, deinde reliquerunt, queritur an fideiussores teneantur, et terminavit quod non".

[76] Data la maggiore dovizia di riferimenti ai contesti locali e istituzionali, non è fuori luogo ritenere che la versione offerta da Pace di Rodolfo Pace sia quella concretamente dibattuta e Guido ne presenti una rilettura depurata e resa più astratta in funzione dell'insegnamento.

ISSN 2036-7821

di una fortificazione (Pace specifica trattarsi del "castrum Cervie") per un breve periodo; questi presentano fideiussori che prestano le debite garanzie; trascorso il periodo prestabilito, continuano per qualche tempo (apparentemente di loro spontanea volontà) a svolgere i compiti loro affidati, dopo di che, di punto in bianco, abbandonano l'incarico.
Alberico non riporta la soluzione di Guido da Suzzara mentre Pace di Rodolfo Pace risolve per l'assenza di una responsabilità patrimoniale, poichè i custodi del "castrum" hanno svolto il compito per cui era previsto il salario e il fatto che abbiano poi abbandonato all'improvviso l'incarico rappresenta un danno per le esigenze politiche e istituzionali del soggetto collettivo che li aveva eletti ma non per le sue finanze. Individua quindi con chiarezza i termini della responsabilità patrimoniale e del danno erariale.

6. Per concludere

Se quanto scritto sopra può risultare convincente, è il caso di rivedere il paradigma consolidato e largamente condiviso quanto al percorso storico del diritto amministrativo nelle esperienze giuridiche occidentali. Paradigma che vede il momento costitutivo nella Francia immediatamente post rivoluzionaria, quando appaiono per la prima volta le definizioni "droit administratif" e "fonction administrative" / "fonctionnaire administratif", e la cosa, un ambito specifico del diritto, cui corrisponde un blocco di norme particolari (nella prima consolidazione di Louis-Antoine Macarel); e il momento fondante sul piano del discorso di sapere giuridico e delle teorie politiche nella organizzazione di persone e mezzi, secondo le previsioni dell'ordinamento, per conseguire l'interesse pubblico, come appare nell'*Esprit des lois*. Paradigma che esclude la compatibilità tra il diritto amministrativo e la funzione amministrativa e l'A*ncien Régime*, in tutte le sue variegate articolazioni medievali e moderne.
Tale impostazione di fondo, seppure declinata con grande sensibilità, informa anche la sintesi più autorevole del percorso storico del diritto amministrativo[77] che viene fatto coincidere con la genesi dello Stato moderno, genesi di cui al più nei secoli dal XIV al XVI possono scorgersi alcune, incomplete o incoerenti, avvisaglie. Analogamente, la manualistica recente che si preoccupa di indagare le origini del diritto amministrativo le colloca lapidariamente ai primi del XIX secolo[78].
Al contrario, pure nell'assenza della parola definitoria, la cosa, il diritto amministrativo e la funzione amministrativa avrebbero preso forma compiuta nelle esperienze giuridiche delle autonomie politiche italiane nel medio evo maturo.

[77] Si intende, B. SORDI - L. MANNORI, Storia del diritto amministrativo, Roma - Bari, 2001.
[78] S. LICCIARDELLO, La formazione del sistema del diritto amministrativo, in AA. VV., Istituzioni di diritto amministrativo, Torino, 2017, p. 3: "Alle origini del diritto amministrativo italiano troviamo Gian Domenico Romagnosi".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Introduction into an innovative vision of the European sport framework from a taxation and fiscal angle. New possible scenarios regarding the European sport politics and policy

di Filippo Luigi Giambrone

(Ricercatore a tempo determinato presso l´Universitá degli Studi del Sannio di Benevento)

Sommario

1. Introduction; 2.1 The role of the ISU decision; 2.2 Corruption as a problem affecting the EU-economy; 2.3 Possible European sports scenarios; 2.4 Future sports policy in relation to the future development of the EU according to scenario Nr. 4; 2.5 Covid-19 impact on the Sport sector; 2.6.1 Update of sports satellite accounts, national projections, and Economic survey; 2.6.2 Perceived Economic Impact of COVID-19; 2.6.3 Sport satellite accounts: the German example; 2.6.4 Consumption; 2.6.5 Investments; 2.6.6 External Balance; 2.6.7 Taxes and Gross Value added; 2.7 Conclusions; 2.7.1 Key findings and recommendations regarding a future framework of European sports policies and politics.

Abstract

An important milestone for sports policy and measures in Europe is embodied by the settlement of the Lisbon Treaty. The required legal basis for shaping European sport policy may be attributed to the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) in 2009. This gave the EU explicit power to act in the field of sport. Since Lisbon, the EU has been responsible for supporting and coordinating activities in the field of sport, but it cannot take measures to standardise or shift competences. The current sport policies of the EU institutions are consequently principally directed at putting into practice soft policy measures such as the advancement of exchanges and values in sport or the expansion of the European dimension of sport. This is reflected in distributive measures and the allocation of goods and resources. To sum up, European sport policy and measures over the past decade have been categorised by ongoing processes of growth and differentiation, while the demand for priorities and appropriate forms of coordination has boosted.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduction.

The 1980s and mostly the 1990s can be highlighted as important timetable for the emergence of the European sport dimension. This can be reconducted to the fact that on the one hand, the increasing intersections between sport and the European Community/EU's common market, and the growing social importance of sport have led to the gradual birth of a European dimension of sport.

The great potential for tension between the traditional autonomy of sport and the general validity of Commission or EU law distinguishes and characterises European Sports politics from the beginning.

A special role within the EU framework with its own regulatory mechanisms could not be requested by organised sport. New challenges confronted moreover the latter one. The joint request of Member States, EU institutions and national sporting organisations as well European sporting federations to bolster measures at European level supporting a social, health and educational dimension of sport outlines from the other hand also the European sports policy. Sport got to be included in the declarations of Amsterdam and Nice in the 1990s and 2000s thanks to these developments. Finally due to these advancements it also happened to be enshrined in primary law in the Constitutional Treaty and the Lisbon Treaty.

The entry into force of the common market (end of 1992) and the Bosman ruling (1995) as well as the entry into force of the Lisbon Treaty (2009) and the Article 165 TFEU on sport can be regarded as the milestones of these two different pathways. Important changes over the past decades have been undergone by sport at European level. Various trends of growth and differentiation enable to summarize the development of European sports politics and policies briefly. One point which can be highlighted concerns the diversification related to the specific actors in question. The emergence of a European dimension of sport is distinguished by the emergence, increase and on behalf of this the differentiation of the actors. Nowadays a wide range of public and private actors are embedded in the organisation of sport whereas for a long time only European sporting federations were involved in the organisation of sport. The EU institutions managed to expand their sports- related resources through the establishment of structures in the field of sport and this shows the extent of its change for the very first time. A larger number of specialised private organisations in sport has also been established at European level, along with public authorities' structures.[1] The focus on the nation-state, sports politics and policies are now also carried out at European level, in addition to the orientation of umbrella organisations and federations, which are mainly based in Switzerland. To participate actively in the European policy cycle, stakeholders in sport devote their attention and commitment – to varying degrees – to policy-making in Brussels. An increasing role

[1] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 101.

ISSN 2036-7821

in sport is expected to be covered by a growing number of institutional players within the European multi-level system. In general, and individual fields of sport mostly they endeavour to acquire direct or indirect opportunities to participate in forming sports politics.[2]

As a second central feature of European sports politics, in addition to the number of actors, a growth of policies, as well as sectoral differentiation, can be regarded by the policy differentiation. Moreover, policy differentiation can be regarded as a second central feature of European sports politics. Only few sport policies have been dispatched at European level in the beginning. Nowadays it´s difficult narrow down sports related areas, which aren´t in any way embedded by activities located at European level. Within the mostly unmanageable volume of documents and opinions on European sports policy can be spotted a key element of this sectoral differentiation. From a general point of view can be stated, that only limited general statements can be made about the content dimension of sport development, this because individual policy areas in sport underlie specific characteristics and different constellations of actors. An important requirement is represented by the mainstreaming of sport into other policy fields. This sectoral differentiation and the attempts for better coordination and a more holistic view is documented by the resolution of the EP regarding an integrated approach to sports policy: good governance, accessibility, and integrity, which had been adopted by the EP on February 2017. Since the ratification of the Treaty of Lisbon in 2009, the European Union has limited competences in the field of sport policy. This policy has been assessed and examined in the above-mentioned report. It is based on the Fisas report on the European dimension of sport[3]. One of the objectives of the report in matter, is to provide the Commission with guidelines and recommendations to assess the implementation of its policies. Moreover, an example for the Member States and organised sport must be set, in accordance with the national and European authorities. The report is divided into three thematic areas: integrity, good governance, and accessibility.[4] Sport can be described as a reflection of society. Access to sport is now regarded as a fundamental right, with physical activity and sport equally open to all people, including more vulnerable groups such as the elderly, migrants, and people with disabilities. Because of this the EU is introducing a new paradigm- accessibility- into sport policy. Sport is a means of integrating people across cultural, ethnic, social, and national barriers. In addition, sport in Europe embodies today, at a time of great societal challenges, an important driver of social inclusion. In this regard physical activity and accessibility are connected to

[2] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, p. 102.
[3] P7_TA (2012)0025.
[4] EUROPÄISCHES PARLAMENT, *Bericht über ein Gesamtkonzept für die Sportpolitik: verantwortungsvolle Verwaltung, Zugänglichkeit und Integrität*, (2016/2143(INI), 2019, p. 20 ff.

ISSN 2036-7821

each other. Degenerative diseases can be prevented by the means of sport and latter one contributes to a better quality of life and active aging. According to the World Health Organization, physical inactivity is the fourth leading cause of death worldwide. Due to its ageing population, demographic problems will arise in Europe, which will entail increasing social spending and thus budgetary challenges. At the same time, there is no longer any increase in physical activity. Increased physical activity must not only be at the heart of sports policy strategies, but also of education, social and health policy.

A VAT[5] exemption for grassroots sport in all Member States would be a concrete political opportunity to promote grassroots sport and voluntary work in sport.[6] As a matter of fact, within the EU, can be noticed, that most grassroots sport clubs are registered not- for- profit associations.[7] In essence, the general regulatory regime applying to this type of organisations is applicable to the grassroots sport clubs. In fact, within some Member States, special fiscal provisions are applicable to not-for-profit organisations which are recognised to have a public utility objective. A sport public utility status applying specifically to sport organisations exists in some cases, as in Portugal for example.[8] The sport clubs must fulfil various legally defined criteria, applying for example to the nature of their activities, their management structure and governance, the sources of incomes that they are authorized to receive, and be registered in order to have the opportunity to benefit from the particular provisions applying to organisations with a recognized public utility status. The grassroots sports organisations do not deem generally in a restrictive way the criteria for registration as a not- for profit association with a public utility (or sport public utility) and it can be also observed that the costs of registration are small with regard of the potential benefits that can descend from this operation. This barrier was not mentioned by the federations and other sport organisations interviewed within the context of the study, nor reported in the questionnaire submitted to the NOCs and members of ENGSO. Only in Spain does the number of sport organisations

[5] For an overview concerning the Italian taxation system confront, A. URICCHIO, *Manuale di diritto tributario*, Cacucci editore, Bari, 2020.

[6] EUROPÄISCHES PARLAMENT, Bericht *über ein Gesamtkonzept für die Sportpolitik: verantwortungsvolle Verwaltung, Zugänglichkeit und Integrität, (2016/2143(INI))*, 2019, p. 20 ff.

[7] For a deeper understanding on the way to maximising the role of grassroots sport in developing transversal skills evaluated from the EU council confront: Council 2015/C 172/03. Council conclusions on maximising the role of grassroots sport in developing transversal skills, especially among young people. (2015/C 172/03). 27.05.2015.

[8] EUROSTRATEGIES, *Study on the funding of grassroots sports in the EU With a focus on the internal market aspects concerning legislative frameworks and systems of financing*, 2011, pp. 100 ff; A. F. URICCHIO – F. L. GIAMBRONE, *European Finance at the emergency Test*, 2020; See Ch. SMEKAL, *Steuerpolitik in Deutschland und Österreich: 2 Nachbarn- verschiedene Wege?*, in V. ULRICH – W. RIED (eds.), *Effizienz, Qualität und Nachhaltigkeit im Gesundheitswesen*, Baden-Baden, 2007, 93 ss.; 1 BvR 16/13, ord. 6 November 2019; 1 BvR 276/17, ord. 6 November 2019.

ISSN 2036-7821

benefiting from this status appear to be small, for reasons that could not be fully identified.[9] Both the not- for- profit status, but furthermore the legal framework of each Member States is relevant with regard of the fiscal regime which applies to sport clubs. The fiscal benefits, which can be derived and are applicable, even with regard of the not- for- profit, public utility clubs, diverge based on the type of activity organised, and the sources of income. The benefits can range, depending on the country, from lower taxes on income, which are engendered by the clubs (or lower taxes on some categories of income) as well as to reductions in property tax, in capital transaction tax, in payroll taxes and/or in local taxes; furthermore, reduced security contributions etc. Some examples can be mentioned, which endeavour to illustrate and to highlight the variety of existing situations and fiscal regimes within the EU. For example, in Germany, the Third Chapter of the Fiscal Code defines the requirements for being registered as an organisation of public-benefit purposes. Clubs that meet the requirements are exempt from corporate tax, trade tax, capital transactions tax, inheritance tax and real property tax.[10] The non-profit status is legally defined in Germany in § 52 section 1 of the Tax Code (Abgabenordnung). It states: "A corporation pursues charitable purposes if its activity is aimed at selflessly promoting the general public in the material, spiritual or moral field." Non-profit status is one of the tax-privileged purposes: Corporation tax: Income up to an amount of € 45,000 per year is tax-harmless (§ 64 para. 3 AO).

If the income is above this limit, the tax privilege is omitted, unless the revenue is necessarily part of the charitable activity, then there is a so-called special purpose operation. In practice, only the special purpose enterprises named in § 66 to § 68 Tax Code are of importance, for example hospitals, welfare institutions, science, education, and culture under the respective special conditions. Value added tax: If the corporation becomes entrepreneurially active to achieve its charitable purposes and the services provided are not exempt from VAT in accordance with § 4 UStG, the services are subject to VAT – taxable economic business operation – (for the reduced tax rate, see also: § 12 section 2 no. 8 Value Added Tax Act (Umsatzsteuergesetz). Many non-profit organizations in Germany are organized under civil law as a registered or unregistered association, in addition to foundations, non-profit limited liability companies (gGmbH)[11] and – more rarely – non-profit stock corporations, for

[9] EUROSTRATEGIES, *Study on the funding of grassroots sports in the EU*, 2011, pp. 100 ff.

[10] EUROSTRATEGIES, *Study on the funding of grassroots sports in the EU*, 2011, pp. 101 ff.

[11] In German tax law, the non-profit limited liability company (gGmbH) is a limited liability company whose proceeds are used for charitable purposes. Therefore, a non-profit GmbH as a corporation is exempt from corporation tax pursuant to § 55 sec. 1 no. 1 sentence 2 AO (Tax Code) in conjunction with § 5 sec. 1 no. 9 KStG and in conjunction with § 3 no. 6 GewStG from trade tax. The choice of the legal form GmbH is often made by non-profit companies that want to be economically active (for example, kindergartens, social stations, and hospitals), which can sometimes be difficult in the legal form of the registered association. In addition, the GmbH as a corporation allows a higher flexibility than the member-based association. The gGmbH (non-profit limited

ISSN 2036-7821

example the Zoologischer Garten Berlin AG, which can also serve charitable purposes according to the statutes. Only corporations, including unregistered associations, are exempt from tax, but not partnerships such as for example the BGB company. Since 2000, donations to foundations can be claimed for tax purposes to a greater extent than donations to other non-profit institutions. Non-profit institutions are institutions that are maintained by institutions of church and free welfare care, parishes, foundations, associations or, more recently, by non-profit limited liability companies. Since the beginning of the 1990s, non-profit limited liability companies have increasingly been founded by natural persons. The commitment of these people is summarized under the term social entrepreneurship.[12]

The not-for-profit status in Hungary and Luxembourg determines the fiscal regime applying to sport organisations. Exemptions of income tax, corporation tax and dividend withholding tax can be benefited from sport clubs for example in Ireland, where the income of such legal bodies, as is shown to the satisfaction of the Revenue Commissioners, has been, or will be, applied for the sole purpose of promoting an athletic or amateur game or sport. Relief from capital gains tax is also given provided the proceeds of the gain are reinvested in acquiring new assets for the promotion of the game/sport in question. The clubs must be one the one hand member controlled and owned, and not-for- profit and on the other hand, legally established in the state and have its centre of management and control therein, to benefit from fiscal benefits. Moreover, as appropriate most of its trustees/directors/officers, must have their residence within the state. Furthermore, for example, public support and certain tax exemptions may be granted to registered not- for – profit associations, because qualified enough in Finland.[13]The criteria for

liability company) is exempt from certain taxes in whole or in part, provided that its articles of association and actual management meet the requirements of non-profit law. The profits of a gGmbH must be used for the charitable purpose (or non-profit purposes) and may not be distributed to the shareholders. Exceptionally, a profit distribution is only permitted if the shareholders themselves are non-profit. The use of the tax advantages is based on §§ 51 ff. AO, the recognition of the non-profit status is carried out by the responsible tax office. The gGmbH is also subject to the provisions of the GmbH Act and the provisions of the German Commercial Code (HGB). The non-profit activity is indicated using the small letter "g" before the designation GmbH; In many cases, the long form "non-profit GmbH" is also used. This is intended to distinguish the gGmbH from commercially active GmbHs operating with the intention of making a profit. The use of the name gGmbH has been permitted since 29 March 2013. Art. 7 of the Act on the Strengthening of Volunteering of 21 March 2013 (Federal Law Gazette I 556) incorporated a corresponding § 4 sentence 2 into the GmbHG. The articles of association of the gGmbH can be designed in such a way that a change of purpose is only possible under special conditions. In this way, the gGmbH can be functionally approximated to a foundation. However, foundation law does not apply to a Stiftungs-gGmbH. It is also not subject to state foundation supervision. However, it often happens that non-profit foundations are shareholders of non-profit limited liability companies. However, the Foundation and the GmbH are also separate legal entities.

[12] Compare FEHRENBACHER, *Steuerrecht*, Bade-Baden 2019; VOGEL, LEHNER *Doppelbesteuerungsabkommen*, 7 Aufl., München, 2021; TIPKE, M.LANG, *Steuerrecht*, 24. Aufl., Köln, 2021.

[13] EUROSTRATEGIES, *Study on the funding of grassroots sports in the EU*, 2011, pp. 101 ff.

ISSN 2036-7821

not-for-profit organisations ("organisations accruing collective benefits") to benefit from total income tax relief for small-scale, non-commercial business activities are defined by the Income Tax Act. Provided the fact, that nobody receives direct personal benefit from it, and that the funds are used entirely for the "general interest", to support the activities of the club, not-for-profit organisations, furthermore, do not pay taxes on income gained through sponsoring, fundraising, donations or even membership fees.[14] Given the case that certain club´s activities imply non- members, nevertheless, such activities may be considered commercial in nature, which would inevitably make the club´s revenue subject to taxation. It can be stated in this regard that the line between not-for profit activities and commercial activities isn´t very clear.[15]It can be also deducted that the not-for-profit status sometimes goes hand in hand with restrictions on the type of activities that can be undertaken. As it emerged from several studies, with regard of certain countries, the sport organisations interviewed indicated that there were limits on the types of activities that they could undertake. For example, registered clubs cannot engage in commercial activities in Lithuania. In certain States like Finland registered clubs aren´t eligible from tax exemption on commercial activities.[16] Furthermore other trends may be highlighted towards the significant changes which sport has undergone at European level over the past decades. The inter-institutional cooperation reflects a change of significant importance.

The structure of the between the Council, the Commission and Parliament intertwined interaction on sports has evolved, still a certain lack of regular cooperation may be identified.[17] Respectively the Council reflects the new centre of gravity with the expert groups it has established while the Parliament accrues the relevant task in promoting debates and finally the Commission embodies the working level. Yet many spectators are adamant that there seems to be less concerted inter-institutional cooperation in the field of sport, across different policy areas. Furthermore, ongoing debates on the role, function and character of physical activity and sport can be perpetuated here: According to statistics such as the special Eurobarometer survey on sport, the informal dimension of sport is given the importance of the number of people who play sports in a park, at home or on the way between work and home. Since informal participation in sport continues to rise, organised sport is confronted with several challenges: on the one hand, the latter is forced to do so in view of the changes in the work and leisure time of legal comrades resulting from the economic crisis to compete for its members. Furthermore, sport today must overcome structural and demographic challenges and be responsive to

[14] Cfr. TIPKE, M. LANG, *Steuerrecht*, 24. Aufl., Köln, 2021.
[15] EUROSTRATEGIES, *Study on the funding of grassroots sports in the EU*, 2011, pp. 104 ff.
[16] EUROSTRATEGIES, *Study on the funding of grassroots sports in the EU*, 2011, pp. 104 ff.
[17] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 102.

ISSN 2036-7821

situations such as the refugee crisis or the Covid-19 pandemic to bridge such serious circumstances.[18]Furthermore, it is worth highlighting at this point the obligation of sports matters granted or left to the Member States. The Member States have the benefits of Europe-wide coordination of the public interests of sport beyond the direct access of associations. Although the national interests also play an important role, they have not led to a blockade policy. Member States ensure that European recommendations and national legislation on sport are implemented based on partial commitments made at EU level. There has also been a change in the fact that the actors active in the field of sport are not only concentrating on the nation state, but are also turning to EU sports policy in different ways to participate accordingly in the decision-making process of sports policy through active participation.[19]It would behove us at this point to challenge the sport model that has been in place for so long. In the light of the decision taken by the European Commission on the International Skating Union and the recent ruling of the European Court of Justice, the question of the future of European sport is raised, based on these aforementioned circumstances and represents an ongoing discussion.

2.1. The role of the ISU decision

The ISU decision is characterised by the fact that it is seen in many respects as an attack on the monopoly enjoyed by sports federations and associations.[20] In the decision of the European Court of Justice concerning the ISU case, the Court held that the rules laid down by the International Skating Union, under which athletes were subject to severe and harsh sanctions with regard to participation in speed skating competitions not recognized by the ISU, appear to be contrary to European competition rules and must therefore be regarded as an infringement. On the other hand, the ISU's rules on arbitration have been wrongly objected by the Commission. The International Skating Union (ISU) is the only international governing body for figure skating and speed skating recognized by the International Olympic Committee (IOC).[21] With the organization of various speed skating competitions in

[18] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 102.

[19] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 103.

[20] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 103; C.A. GIUSTI, F. L. GIAMBRONE, *The Biffi Judgement and the Suarez case. Judicial decision of the ECJ and possible reforms of the italian civil code from an european point of view*, 2020, in, Annali del CERSIG (Centro di Ricerca sulle Scienze Giuridiche), ISBN: 9791280164100; Eastern European countries are often perceived as low tax countries, but have a framework which does not aid social protection for p la y e rs : E Y, " *tax and career facilities for professional football players* in 2013.

[21] GERICHT DER EUROPÄISCHEN UNION, *Pressemitteilung Nr. 159/20, Urteil in der Rechtssache T-93/18 International Skating Union/ Kommission, Luxemburg*, den 16. Dezember 2020; For an in depth analysis concerning tax treaties and procedural law within the European Union Cfr. P.PISTONE, G. KOFLER, M. LANG, A. RUST, J. SCHUCH, K.SPIES, C. STARINGER(eds.), *Tax Treaties and Procedural Law,* vol. 18 WU Vienna European and

the context of the most important international competitions such as the European and World Championships and the Olympic Winter Games, it also carries out a business activity. In 2014, the Korean Icederby International Co. Ltd planned a speed skating event in Dubai (United Arab Emirates) with a new competition format. Since the ISU did not approve the event, the host company had difficulty getting professional speed skaters to participate, which is why it refrained from its project. According to the ISU statutes, speed skaters from the national ISU member associations are subject to a pre-approval regulation within the framework of so-called admission regulations. According to these provisions, as applicable at the time, the taking of an ice skater to an unauthorized competition was punishable by exclusion from all ISU competitions for life. By decision of 8 December 2017[22] ('the contested decision'), the European Commission, following a complaint lodged by two Dutch professional skaters, found that the ISU's licensing rules were incompatible with EU competition law (Article 101 TFEU) in that their purpose was to restrict the possibilities for professional speed skaters to participate at will in international competitions organised by third parties and thus to provide third parties with the organization of such competitions withheld indispensable services of the athletes. Accordingly, under threat of a periodic penalty payment, the Commission ordered ISU to bring the infringement thus found to an end, but did not impose a fine on it.[23] The ISU brought an action against the contested decision before the General Court of the European Union. The Court of First Instance, which is called upon to rule for the first time on a Commission decision finding that a regulation of a sports association is incompatible with EU competition law, confirms the merits of the Commission's classification of the contested legislation as a restriction of competition by common effect, but annuls the contested decision in part in so far as it concerns the requirements vis-à-vis the ISU.

The following assessment was made by the Court of First Instance. In the first place, the General Court held that the Commission was right to conclude that the authorization provisions were intended to restrict competition within the meaning of Article 101 TFEU. In that regard, the Court first notes that the situation in which the ISU finds itself may give way to a conflict of interest. On the one hand, the ISU performs a regulatory function by virtue of which it has the power to lay down the rules in the sports falling within its sphere of activity and thus to authorise

International Tax Law and Policy Series, ISBN: 978- 90-8722-647-3, IBFD, 2020; C.A. GIUSTI, F. L. GIAMBRONE, *The nomophylactic function of the European Court of Justice in tax matters within the italian and German experience. Possible Dispute Settlement Solutions for the Member States, in, comparative law review* 2019, ISSN: 2983- 8993.

[22] COMMISSION DECISION C (2017) 8240 final of 8 December 2017 relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (Case AT.40208 – Authorisation provisions of the International Skating Union).

[23] GERICHT DER EUROPÄISCHEN UNION, *Pressemitteilung Nr. 159/20, Urteil in der Rechtssache T-93/18 International Skating Union/Kommission,* Luxemburg, den 16. Dezember 2020.

competitions organised by third parties, while, on the other hand, during its business activities, it itself organises the most important speed skating competitions in which professional skaters must participate to earn a living. In that regard, the General Court held that, in the exercise of its regulatory function under Article 101 TFEU, a sports association is subject to the same obligations as those laid down in the settled case-law on the application of Articles 102 and 106 TFEU, with the result that, under those conditions, the ISU must ensure, when examining applications for authorisation, that third-party organisers of speed skating competitions are not unjustifiably deprived of access to the relevant market to an extent: that competition in this market is distorted. [24]After that clarification, the Court of First Instance then examines the substantive assessment of the authorisation provisions by the Commission. It notes at the outbox that they do not explain the legitimate objectives they pursue and have only been laying down authorisation criteria since 2015, which, moreover, are not exhaustive. In those circumstances, the requirements applied since then cannot all be regarded as clear, transparent, non-discriminatory, and verifiable authorisation criteria which, as such, would be capable of guaranteeing competition organisers effective access to the relevant market. As a result, the court notes that even after the approval criteria were adopted in 2015, the ISU still had a wide margin of discretion to refuse the approval of planned third-party competitions. Moreover, as regards the system of penalties, the General Court emphasises that the severity of the penalties provided for is a point of particular relevance when it comes to identifying any obstacles to the proper functioning of competition on the relevant market.

The harshness of the sanction may discourage athletes from participating in competitions not authorised by the ISU, even if there is no legitimate reason for refusing the authorisation. In the present case, the court considers the sanctions provided for by the authorisation provisions to be disproportionate even after the weakening of the scheme in 2016. Since then, not only has the definition of the

[24] GERICHT DER EUROPÄISCHEN UNION, Pressemitteilung Nr. 159/20, Urteil in der Rechtssache T-93/18 International Skating Union/Kommission, Luxemburg, den 16. Dezember 2020; Within the European Union, football's professionals are operating on the EU internal market. The internal market and the Treaty freedoms necessitate levelled regulatory and supervisory grounds for professional football's key actors. It can be stated that regulatory and supervisory playing fields in professional football are unlevelled. For a better understanding concerning the European approach regarding tax treatment of professional players' remuneration Cfr. F. L. GIAMBRONE, *Tax Treatment of professional football players remuneration in Germany and Italy. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps from a fiscal and administrave angle,in, amministrativ@mente*, FASCICOLO N. 1/2022, ISSN 2036-7821. Regarding professional football clubsand football agents, the rules to approach the internal market and to provide their respective services within the internal market, as well as supervisory practices, can diverge from Member State to Member State, possibly hindering access to the internal market subject on the place of entry, and thereby hindering the establishment and functioning of a true internal market; for a deeper understanding on the principles of direct taxation within the European Union compare: M. LANG ,P.PISTONE, J. SCHUCH, C.STARINGER, *Introduction to European tax Law*: Direct Taxation.

categories of infringements been vague, but the duration of the sanctions, in the case of taking part in unauthorised competitions by third-party organisers, has remained harsh in view of the average career duration of an ice skater.[25] Finally, the Court of First Instance examines the Commission's assessment of the objectives pursued by the authorisation provisions. In that regard, it recalls that the protection of the integrity of sport is a legitimate objective recognised in Article 165 TFEU. Therefore, it was legitimate for the ISU to establish rules that both prevent possible competition manipulation risks because of sports betting and to ensure the conformity of sports competitions with general standards. In the present case, however, the rules adopted by the ISU nevertheless go beyond what is necessary to achieve those objectives and are therefore not proportionate to them. Consequently, the Commission was right to consider that the restrictions resulting from the prior authorisation scheme could not be justified by the objectives at issue. Accordingly, the Commission was therefore right to conclude that the authorisation provisions are sufficiently restrictive, regarding their content, to be regarded as a restriction of competition by implication. In the second place, the Court of First Instance ruled on the lawfulness of the requirements contained in the contested decision with a view to bringing the infringement found to an end and partially upheld the applicant's application for annulment in that regard, namely in so far as the Commission, under threat of a periodic penalty payment, requested a substantial amendment to the ISU's rules on arbitration in the event of the maintenance of the prior authorisation scheme.[26] In that regard, the Court[27] notes that, in the Commission's view, the restrictions of competition imposed by the licensing provisions are exacerbated by those arbitration rules, which confer on the Arbitration Tribunal for Sport in Lausanne (Switzerland) exclusive jurisdiction to decide on actions against non-admission decisions and make such arbitration mandatory. As far as the Commission seeks to have guided itself in that regard by the Guidelines on the procedure for setting fines and, more specifically, by the concept of aggravating circumstances contained therein, the General Court emphasises that only unlawful conduct or circumstances aggravating the infringement may justify an increase in the fine for an infringement of EU

[25] GERICHT DER EUROPÄISCHEN UNION, Pressemitteilung Nr. 159/20, Urteil in der Rechtssache T-93/18 International Skating Union/Kommission, Luxemburg, den 16. Dezember 2020.

[26] GERICHT DER EUROPÄISCHEN UNION, Pressemitteilung Nr. 159/20, Urteil in der Rechtssache T-93/18 International Skating Union/Kommission, Luxemburg, den 16. Dezember 2020; Ch. SMEKAL, *Steuerpolitik in Deutschland und Österreich: 2 Nachbarn- verschiedene Wege?,* in V. ULRICH – W. RIED (eds.), *Effizienz, Qualität und Nachhaltigkeit im Gesundheitswesen*, Baden-Baden, 2007, 93 ss.; 1 BvR 16/13, ord. 6 November 2019; 1 BvR 276/17, ord. 6 November 2019.

[27] For an overview of ECJ cases related to direct taxation see M. LANG, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions,* in EC Tax Review, 18, 2009, 99 ss; KOFLER , M. LANG, P. PISTONE, RUST, J. SCHUCH, K. SPIESS, STARINGER, KUNIGA, *CJEU - Recent Developments in Value Added Tax 2020,* Linde 2022.

ISSN 2036-7821

competition law. In the present case, however, such unlawful circumstances do not exist. The Commission could therefore not regard the ISU's arbitration rules as an aggravating circumstance.[28]

As already stated, before the ISU decision has been regarded as a possible attack towards the monopoly of sporting federations and associations. It appears that the sport sector is keen to maintain its inherent autonomy and emphasises the fact that its specificity is based on the principles of solidarity, inclusiveness, and voluntary work. EU competition law is in no way used by the sports sector as a means of jeopardising the monopoly enjoyed by sports federations, which are entrusted on the one hand with the organisation of sports events or tournaments and on the other with the coordination of the sports calendar. Combined with the autonomy of associations protected both by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Art. 11 ECHR) and by the EU Charter of Fundamental Rights (Art. 12 GRCh), the question arises to what extent the existing pyramidal and hierarchical structure of sport, which the associations enforce through the one-association and one-place principle, is not only recognized, but should even be protected.[29] In its 2007 White Paper on Sport, the European Commission considered the one-federation principle to be a legitimate objective.[30] However, the fact that this cannot justify every restrictive measure is recently demonstrated by the Commission's decision against the ISU and its rules on athletes affiliated with the ISU to enforce the one-place principle. However, regulations made by the sports associations can also have a restrictive effect on third parties who do not belong to the direct or indirect members of the association, but influence the economic success of the sports business in different ways. These include potential sponsors, sporting goods manufacturers, players' agents, investors, the media and – as in the ISU case – in addition to the effect on the athletes associated with the ISU – association-independent organizers of sports competitions. This raises the question of whether, in this respect, the autonomy of associations can be a factor influencing the application of antitrust law.[31]A challenge against professional sport that should not

[28] GERICHT DER EUROPÄISCHEN UNION, Pressemitteilung Nr. 159/20, Urteil in der Rechtssache T-93/18 International Skating Union/Kommission, Luxemburg, den 16. Dezember 2020.

[29] R. STREINZ, *Kartellrechtliche Vorgaben des Unionsrechts für das Sportrecht*, in, K. VIEWEG, *Erlanger Sportrechtstagungen 2018 und 2019, Beiträge zum Sportrecht,* p.20.

[30] EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Weißbuch Sport*, KOM (2007) final, S. 14. Vgl. dazu und zu in diese Richtung tendierend gesehene Ansätze in der Rechtsprechung des EuGH-Horn (Fn. 1), S. 117 f; For an overview concerning the Italian Taxation profiles of sports facilities confront A. URICCHIO, *Profili fiscali dell'impiantistica sportiva,* in AA. VV., *Argomenti di diritto nazionale e internazionale dello sport e di giustizia sportiva, Edizioni Duepuntozero,* 2022; A. F. URICCHIO, F. L. GIAMBRONE, *The EU budget powering the recovery plan for Europe, in, Open Review of Management, Banking and Finance*, Regent´s University London, Centre for Banking and Finance, 2020, ISSN2058-7422.

[31] See P. W. HEERMANN, *Verbandsautonomie im Verhältnis gegenüber Dritten – Kein Spiel ohne (kartell-)rechtliche Grenzen!* in, ZWeR, 2017, pp. 24 (32ff.).

be underestimated is posed by the doping, match-fixing and corruption scandals. Issues, such as those of optimal governance and integrity of sport policy, which are closely interwoven with debates on the legitimacy and integrity of sport, need to be explored in depth.

2.2 Corruption as a problem affecting the EU- economy

Corruption in the form of abuse of a particular function or public office for the benefit of others and to the detriment of third parties or the general public is to be found in all sectors of the economy. It is estimated that corruption in the EU economy[32] is causing billions in losses. Due to the increasing globalization and the economic success of individual sporting events, cases of corruption have repeatedly arisen in top-class sport. It should be noted at this point that lack of transparency and corruption contribute to exploitation, promotion of organized crime and tax fraud, for example in connection with dubious transfers and brokerage transactions in sports, but also in the filling of official posts, the allocation of media and advertising rights or the organization of major sporting events.[33]The Commission already stated in its White Paper on Sport (11.7.07) that professional sport needs to face new constraints and challenges, such as commercial pressure, corruption and money laundering. In its legally binding resolution on the White Paper on Sport, the European Parliament deplored the abusive practices of some match agents, which had led to corruption, money laundering and the exploitation of underage players and athletes. On 6.6.11 the Commission adopted a comprehensive package of laws and measures to combat corruption. The anti-corruption package consisted of a communication on the fight against corruption in the EU on the concrete objectives of the fight against corruption. On 3.2.14, the Commission published an EU anti-corruption report that reflected the data on corruption in the individual Member States.[34] On 20.5.15, the European Parliament and the Council of Ministers adopted a directive on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, which is intended to further develop criminal law measures at EU level and to monitor the financial system.[35] The 3rd

[32] A. URICCHIO. *Dall'economia alla fiscalità circolare: primi interventi e prospettive di riforma, in Uricchio A., Selicato G. (a cura di), "Circular Economy and Enviromental Taxation."*.Atti della Summer School Bari, 9-15 Settembre 2019, Cacucci Editore, 2021;

[33] DFB, *Europäische Sportpolitik,* 2019, p. 36 ff; Cfr. M. LANG, R. PETRUZZI, M. COTTANI, *Fundamentals of Transfer Pricing: Industries, Regions, New Technologies, and Other Topics* (gemeinsam mit Petruzzi/Cottani), Wolters Kluwer 2022.

[34] DFB, *Europäische Sportpolitik*, 2019, p. 36 ff.

[35] For an overview regarding the assessment of risks in the area of money laundering and terrorist financing with an impact on the internal market and cross-border activities Cfr. EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Bericht über die Einschätzung der Risiken im Bereich der Geldwäsche und Terrorfinanzierung mit Auswirkungen auf den Binnenmarkt und grenzüberschreitende Tätigkeiten,* 2019; P. PISTONE, *Die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Anrechnung von Quellensteuern im Ansässigkeitsstaat* (co-author Massoner, C.), in M. LANG, J. SCHUCH, C.

ISSN 2036-7821

Work Plan of the EU Sports Ministers 2017-2020 also provides for anti-corruption measures in sport for the first time. By the end of 24/07/2019, the Integrity Expert Group is to prepare a proposal for Council recommendations for future EU action against corruption in sport.[36] On 24.7.2019, the Commission published a report on the assessment of risks in money laundering and terrorist financing with an impact on the internal market and cross-border activities. In it, the Commission points out that it will add to the watch list new sectors of the economy that have attracted attention in the recent past through negative reporting. For the first time, this also includes professional football.[37] In the Commission's view, this is a global economic sector of considerable economic importance. The organisational structures and lack of transparency contribute to the fact that the ground for the use of illegally acquired funds in professional football is in good shape. In particular, the investment of transfer sums worthy of payment without any discernible return on capital justifies the inclusion of professional football on the watch list. For example, the German Football Association and the German Football League are committed to fighting all forms of corruption in sport. Since 2016, the German Football Association has introduced a compliance management system that includes various measures against corruption, which are constantly being further developed and their compliance monitored. In 2011, the German Football Association and the German Football League also jointly issued a declaration of commitment on the handling of hospitality packages at football events against the background of legal requirements and developed a corresponding guideline. Since the guideline was taken up by practice as a good guide, it was updated and reissued in 2017 after several legislative changes with the participation of the Federal Ministry of the Interior and the Federal Ministry of Justice and Consumer Affairs. Furthermore, the conflicts arising between sports federations and commercial/interest groups should be subject to investigation. As mentioned elsewhere, the issue of autonomy versus intervention in the sport sector is arguably the most important feature that characterises EU sport policy. The most prominent problem is that a division has been established between the interests of traditional and non-profit sports organisations on the one hand and commercial providers on the other. Organised sport inevitably insists on its formally stated position by pointing to its special and specific role of being particularly beneficial to the sport sector through its contribution to providing essential services conducive to

STARINGER (eds.), *Quellensteuern – Der Steuerabzug bei Zahlungen an ausländischen Empfänger*, ISBN: 978-3-7073-1718-3, Linde Verlag, pp. 133-153

[36] EUROPÄISCHES PARLAMENT, *Richtlinie zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung*, 2015; A. URICCHIO, Profili *fiscali dell'impiantistica sportiva, in AA. VV., Argomenti di diritto nazionale e internazionale dello sport e di giustizia sportiva, Edizioni Duepuntozero*, 2022.

[37] EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Bericht über die Einschätzung der Risiken im Bereich der Geldwäsche und Terrorfinanzierung mit Auswirkungen auf den Binnenmarkt und grenzüberschreitende Tätigkeiten*, 2019.

the promotion and development of sport and society. This role does not apply to the same extent to commercial providers. Furthermore, no uniform participatory strategies can be identified in the sport sector. Even though the increased attention to European sport has developed into a central commonality of the relevant actors, this has ultimately not led to uniform reaction patterns and adaptation processes. The actors have different strategies for participation, apart from the fact that they have their own representations in Brussels and cooperate with each other across sport disciplines. It can be said that the activities organised by sports federations do not follow any particular pattern. Nor are there any signs of fusion.

As a result, statements about "optimal" models of adaptation and participation are of limited value. The extent of adoption of institutional or procedural elements from other EU member states is also limited so far. It can be said that sport policy has been given new impetus by the inclusion of sport in the relevant EU treaties. At the moment, the actors involved are trying to are still trying to find appropriate forms of consultation and coordination in order to adequately take into account the interests in a growing field.[38]An important point of reference is marked by the constant changes inherent in the sports sector. These constant changes, which are characterised both by the room for manoeuvre and the financial interests offered to primary and secondary players, contribute to considerable system dynamics. European sport policy is neither institutionally, procedurally nor sectoral fixed, but is subject to ongoing changes. A striking asymmetry has arisen from the comparison of the changes in sports policy at the European level in recent years with those at the national level. The extent and depth of change at European level are much more pronounced in sport than at national level. It can be concluded that the European Parliament does not have formal powers to advance legislative proposals, but it is able to participate in European sport policy in other ways. In 1983, the ECJ underlined that the EP was entitled "to discuss any issue concerning the Communities, to adopt resolutions on such issues and to list governments for action". On this basis, in the 1970s and 1980s, the European Parliament helped to lay the foundations for the use of sport and to arouse public interest in certain sports topics. The various studies commissioned by the European Commission to the European

[38] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 102; A. URICCHIO, *Profili fiscali dell'impiantistica sportiva,* in AA. VV., *Argomenti di diritto nazionale e internazionale dello sport e di giustizia sportiva, Edizioni Duepuntozero,* 2022; Ch. SMEKAL, *Steuerpolitik in Deutschland und Österreich: 2 Nachbarn-verschiedene Wege?,* in V. ULRICH – W. RIED (eds.), *Effizienz, Qualität und Nachhaltigkeit im Gesundheitswesen*, Baden-Baden, 2007, 93 ss.; 1 BvR 16/13, ord. 6 November 2019; 1 BvR 276/17, ord. 6 November 2019; G. CORASANITI, *"Manuale di diritto tributario internazionale",* (a cura di) Victor Uckmar e Paolo de' Capitani, I edizione Cedam, 2009, 333. ISBN 978-88-13-29125-9.

ISSN 2036-7821

Parliament and by the resolutions and questions put to the European Commission by the European Parliament have helped to further develop the definition of the sports agenda.

2.3 Possible European sports scenarios

To sum up, it seems appropriate at this point to cite the four conceivable and realistic scenarios concerning future European sports policy and its parliamentary dimension. These models are characterised by their reference to the European model and represent one of the links that make up the EU as a dynamic multi-level system. To put it more simply, the possible scenarios mentioned here should also be seen from the point of view of the possible effects they can have on the national and subnational levels of sports organisations existing in the Member States. These scenarios represent ideal types. However, the purpose could be to classify far-reaching existing approaches to the debate and to provide a certain order. The so-called status quo scenario could be added in the short term. The corresponding scenario is since the previously prevailing status quo system regarding sports policy and politics is to be maintained. It can therefore be assumed that no change in the EU's primary legal framework will emerge due to the numerous challenges arising regarding an imminent revision of the Treaty and a variety of veto players. Accordingly, the sports sector at European level is only given competences of a supportive nature. For the design of the future European sport policy, this would mean that activities under Article 165 would continue to be carried out, which primarily relate to the social, educational, and inclusive function of sport. As a result, the corresponding measures in question will be primarily distributive in nature. However, it cannot be ruled out that further interventions in the sports sector will take effect through the common market legislation. Future reform options will be based on the current legal framework and will be purely informal. According to this scenario, it can be concluded that it appears that adaptations and adaptations thought through by the respective actors are more susceptible to handling and will therefore come into play. Fundamental changes should rather be ruled out about this scenario. The interinstitutional agreements and soft-power instruments as well as intra-institutional reforms (e.B Rules of Procedure) can be classified among the gradual adjustments or adaptations. Although other national actors are also participating in the negotiations at European level, the rules remain institutionalised primarily in the Member States. The second scenario in question concerns a model based on the process of gradual communitarisation and thus to be classified as a medium-term objective.[39] It is based on the Community model, which is to be regarded as an extension of the current existing functional integration path. The idea

[39] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 103 ff.

ISSN 2036-7821

on which the whole scenario is based can be summarized as a functional, institutional, and procedural spillover. Accordingly, in process which refers to a corresponding situation, in which a certain measure associated with a certain goal brings about a situation in which the original goal can only be achieved by further measures, which in turn bring about another condition and necessity for further measures, and so on".[40] Due to this above-mentioned economic approach, spillover processes can lead to the EU institutions being given additional powers or competences that are suitable for the design of exits in sport that become binding on the Member States. The question of a transfer of competence on the part of the Member States, as experts in the Treaties, in favour of the European Union should be investigated if the Lisbon Treaty were to be revised. According to this scenario, many options can be differentiated, as Member States have very different opinions on this. Should this school of thought be accepted by the Member States (well received by the Member States), it can therefore be assumed that competences will be further developed in some sport-related areas, such as social and educational policy. It is to be expected that qualified majority voting after a treaty revision will even become the preferred voting procedure in these areas of sport policy. It can be deduced that, on the one hand, the spectrum of certain activities could be extended by communitarisation, on the other hand, legitimacy could decrease due to the division of activities between the national and The European level.[41] However, other areas, such as health policy in the context of the fight against doping, could be left out. Furthermore, a long-term - "supranational" scenario has been proposed. The third scenario symbolises the model of a European constitution with supranational structures in the sports sector. This model would entail the need for fundamental and complete reforms, which would eventually lead to a common sports policy. Such a scenario would involve a clear division of responsibilities, a decentralization of power, and an institutional structure with an equivalent bicameral system and an elected government. Given the overall dynamics of the European system and the difficulties encountered by the current institutions and procedures, in the sense of this third scenario, the Heads of Government would be tempted to take a decisive step towards a supranational set of rules for sport. Based on the assumptions of this school of thought, one might expect that the institutions and actors of the Member States will be increasingly marginalized and replaced by EU institutions.[42] In the

[40] L. N. LINDBERG, *Political Dynamics of European Economic Integration*, 1963, p. 10; G. CORASANITI, *"Manuale di diritto tributario internazionale"*, (a cura di) Victor Uckmar e Paolo de' Capitani, I edizione Cedam, 2009, 333. ISBN 978-88-13-29125-9.

[41] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 103 ff.

[42] With regard of a deeper understanding of the economic impact on sports confront: EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Economic Impact of Sport through Sport Satellite Accounts, in* Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018; G. CORASANITI, *"Manuale di diritto tributario internazionale"*, (a cura di) Victor Uckmar e Paolo de' Capitani, I edizione Cedam, 2009, 333. ISBN 978-88-13-29125-9.

spirit of this scenario, "With a particular focus on sport", national sports organisations would transform from arenas for national actors into European actors, replacing national influence. Any further amendment to the Treaties would give strength to the role of both supranational institutions and European sports organisations, while completely absent the right of veto by Member States and national sports organisations. The pattern of behaviour of the Council of Ministers would be dominated by articles allowing for qualified majority voting. The development of a 'true will' of the European people and the desired path to a federal union would therefore pave the way for a significant extension of Parliament's rights and powers. The European Parliament would have essential powers, such as formulating far-reaching political agendas, articulating ideals and strategies suitable for deepening the integration process, since federalism[43] presupposes a legitimate supranational order. Under this scenario, the European Parliament would play a key role in future European sport policy. The third scenario highlights federalist aspirations and ever closer political cooperation in sports policy at European level.

More policy areas will be included, both in professional and amateur sport. In the sense of this federalist scenario, instead of the dual legitimacy of a union of states and a union of peoples, a double legitimacy of public and private authorities at European level can be expected. Democratic participation (and consequently legitimacy) can therefore be achieved primarily at the supranational level, with sports organisations being institutionally more important and more involved. A federal EU does not seem unrealistic at the moment, because some of the supranational elements are now up for discussion and can be included without

[43] The Italian experience of the last twenty years is characterised by a gradual strengthening of peripheral financial autonomy that follows, by a few years, the decentralisation of administrative functions according to criteria of subsidiarity and territorial competence. The phenomenon is very complex and deserves to be addressed in the double dimension of the institutional structures and of the governance models of the territory which, of course, involve profiles that are exorbitant from tax matters. It should first be pointed out that Italy is a democratic republic that recognises local autonomy. Article 5 of the Constitutional Charter places among the fundamental principles that 'the Republic, one and indivisible, recognises and promotes local autonomy; implements the broadest administrative decentralisation in the services that depend on the state; adapt the principles and methods of its legislation to the requirements of autonomy and decentralisation. For a better understanding of the Italian fiscal federalism Cfr. A. F. URICCHIO, *Le potestá in materia di spesa pubblica ai diversi livelli di governo, in Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 3, 1° luglio 2018, p. 756. According to the author the hierarchical structure of the Italian legal system identifies a division of competences and powers in the tax and financial matters that highlights some inconsistencies. The structures defined by the Constitutional Charter following the constitutional revision of 2001, in fact, are not fully declined by Delegation No 42 of 2009 or by its delegated decrees, having taken care to balance local autonomy with other fundamental values contained in the Constitution and, in particular, with the guarantee of compliance with the constraints deriving from the Community law and international obligations. The author, after retracing the Italian experience of the last twenty years, characterised by a gradual strengthening of peripheral financial autonomy that follows, by a few years, the decentralisation of administrative functions, focuses on the criteria of subsidiarity and competence that allow to promote a model of "responsible federalism," in compliance with the principle of coordination of public finances and European and national constraints.

ISSN 2036-7821

implementing the idea of a federation. The White Book on the future of Europe explores how Europe will change over the next ten years; from the impact of new technologies on society and employment, to concerns about globalisation, to security issues and rising populism. The White Paper makes it clear what choice we face: either we are overwhelmed by such developments or we face them and seize the new opportunities they bring. Europe's population and economic weight are shrinking, while other parts of the world are growing. By 2060, each EU Member State will account for less than 1% of the world's population – a good reason to stick together to achieve more. Europe is a positive global force. Its prosperity still depends on openness and strong relations with its partners. The White Paper describes five scenarios; each one provides an outlook on where the Union could be in 2025, depending on Europe's course (see Annex). The scenarios cover various possibilities and serve as illustrations. They are therefore neither mutually exclusive nor exhaustive.[44]

2.4 Future sports policy in relation to the future development of the EU according to scenario Nr. 4

The White Book describes five scenarios; each gives an outlook on where the Union could be in 2025, depending on Europe's course. The scenarios cover various possibilities and serve as illustrations. They are therefore neither mutually exclusive nor exhaustive. The Scenario 1 focuses on the Business as usual - The EU-27 focuses on implementing its positive reform agenda in line with the Commission's 2014 policy guidelines "A new start for Europe" and the Bratislava Declaration adopted by all 27 Member States in 2016. In 2025, this could mean that Europeans will be able to move in self-driving, connected vehicles, but may encounter problems at border crossings due to unresolved legal and technical obstacles. Europeans almost always cross borders without having to stop for controls. Stricter security checks make it necessary to arrive at the airport or train station very early. According to Scenario 2 the emerging Focus should be addressed on the Single Market. The EU27 is re-focusing on the Single Market as the 27 Member States are unable to find a common position in an increasing number of policy areas. In 2025, this could mean that regular internal border controls will hinder trade and tourism. Finding work abroad is also becoming increasingly difficult and the transfer of pension rights to another Member State is not a matter of course. Anyone who gets sick abroad must reckon with high treatment costs. Europeans tend to use connected vehicles as there are no EU-wide regulations and technical standards. With regard of Scenario 3 << If you want more, you do more>>.[45] The EU 27 Union continues as before, allowing

[44] EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Weißbuch zur Zukunft Europas*, 2017, p.1
[45] COM (2020) 27 final.

ISSN 2036-7821

however, Member States were interested in joining forces to move forward together in certain policy areas, such as defence, internal security, or social affairs. One or more "coalitions of the willing" are formed. In 2025, this could mean 15 Member States setting up a corps of police officers and prosecutors to investigate cross-border criminal activity. Security-related information is shared directly as national databases are fully linked. In twelve Member States that have agreed to harmonise liability rules and technical standards, connected vehicles are widely used. The most effective one, which has been chosen from the Member states regards Scenario 4, according to which the Member States should do less but more efficient – The EU 27 focuses on achieving more results more quickly in selected areas and leaves other areas of activity to the Member States. Attention and limited resources are directed to selected areas.[46] In 2025, this could mean that a European telecoms authority has the power to release radio spectrum for cross-border communications services, such as those required for the unhindered use of connected vehicles. It also protects the rights of internet and mobile phone users regardless of their location in the EU. A new European Counter-Terrorism Agency[47] is helping to prevent and prevent serious attacks[48] by systematically monitoring and identifying suspects.[49]According to

[46] Cfr. A. F. URICCHIO, F. L. GIAMBRONE, *European Finance at the Emergency Test,* p. 288 ff; G. CORASANITI, *"Manuale di diritto tributario internazionale",* (a cura di) Victor Uckmar e Paolo de' Capitani, I edizione Cedam, 2009, 333. ISBN 978-88-13-29125-9.

[47] Although the responsibility to combat terrorism and safeguard security lies primarily with Member States, the terrorist attacks in recent years have shown that this is also a common responsibility they must assume together. The EU contributes to the protection of its citizens by acting as the main forum for cooperation and coordination between Member States. For a study concerning the peculiarities of the purposes of the control of so-called full jurisdiction in police law, highlighting the limits laid down by European law to the use of full jurisdiction and the inherent limits linked to the same police law Cfr. F. ROTA, *Full jurisdiction and police law,* available at https://iris.unisannio.it/retrieve/e2046343-b1cf-b8f7-e053-1705fe0a0a2d/1778-7597-1-PB.pdf. Professor Francesco Rota, addresses the issue of the relationship between full jurisdiction, discretion and political decisions involving choices and that of the relevance of the use of secrecy, limited participation and use of vague or indeterminate legal concepts in police law (which, from the perspective of the ECHR, are not considered as capable of limiting the control of full jurisdiction, also given the fact that the general attention to the politicity of choice by the ECHR does not seem to imply an independent prominence of national security, as an element that allows the content or applicability of the judicial review of full jurisdiction to be applied).

[48] In recent years, thanks to the impetus of supranational bodies, preventive measures have been established to combat corruption. Their introduction into the Italian system generates an administrative complexity that can contribute to worsening the quality of the administration and ultimately to create an environment conducive to the spread of corruption phenomena. For a better understanding concerning risk management in the fight against corruption: specific interventions and quality of administration Cfr. F. ROTA, *La gestione del rischio nel contrasto alla corruzione: interventi specifici e qualità dell'amministrazione*, *in Persona e amministrazione, n. 1 del 2018,http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/issue/view/186/showToc.* According to the author the efficiency of a system against risk is linked to the identification of a right balance between preventive measures and successful measures planned to deal with it, between risk management and emergency. Without wanting to look at anything else, it seems obvious the effects that an excess of emergency can have in terms of conculcating rights and, at the same time, the costs of excessive recourse to prevention seem obvious.

[49] Cfr. A. F. URICCHIO, F. L. GIAMBRONE, *European Finance at the Emergency Test*, p. 288 ff..

ISSN 2036-7821

Scenario 5 Much more joint action should be undertaken from the Member States. Member States decide to share more competences and resources and to take decisions together.[50] Decisions are taken more quickly at EU level and implemented swiftly. In 2025, this could mean that European citizens[51] who want to complain about a project for an EU-funded wind turbine project in their region will have difficulty reaching the right authority as they will be referred to the competent European body. Thanks to clear EU-wide rules, connected vehicles can travel freely throughout Europe. Drivers can rely on an EU agency to enforce the rules. Because of the Financial Crises the Member States decided to embrace Scenario 4. The

[50] With regard of the Member States, which should decide to join their forces by sharing more competences, resources an taking decisions together in an unanimous way. From an administrative point of view, we should also remind about the fact that Member States Politics are incardinated within its administrative discretion. By trying to look at the traditional aspect of administrative discretion, without going too far back in time, after the former has been treated substantially as little more than a matter of merit, it has matured, emerged, a constitutionally advanced reading has been refined, referring to the interests in place in the decision to be taken, in the ongoing business; but at the same time, this approach has involved another important finding, more or less coeval, of the existence of a "political share" of the administrative decision, i.e. the indispensable presence of a certain screening of the situation, and above all of options, which would have to do with politics. For a more detailed analysis of the issue in concern Cfr. P. FORTE, *Pubblica amministrazione ad eminenza scientifica e tecnologica. Riflessioni teoriche, in Istituzioni del Federalismo,* Nr. 4, 2021, p. 995 ss. The author subjects administrative discretion to a test of effort in relation to our time characterised by technique, scientific knowledge, and the "distinction" between politics and administration, and finds evidence to assume that the administrative one, purified by the political quota, is not a function of the aims, but a practice for achieving objectives established elsewhere, even when they have vague, indeterminate definitions, since it consists precisely in determining a decision. Today's administrative decision, therefore, must be unfolded, it can be said physiologically, using techno-scientific knowledge, expertise, basing on the reasons for decision-making and the reliability of the resulting act, in a kind of technique of the singular fact.

[51] The concept of citizenship is so polysemic that it acknowledges a multiplicity of defining attitudes, also depending on the assessments of the diverse sciences that process its meaning. Citizenship is, in fact, forcibly dependent on the structures of the present, of each present, since it concerns both the relationship between individuals and that between them and the political order, and consequently with the juridical one; and this is not only because of the content of citizenship, of the set of rights and duties connected to it, but for the very vision of the community ordered in terms constituted by the concrete reality of today. For an investigation into the positive structures of the legal definition of the Italian citizenship concept, now and here, regarding the current Italian national law; and in particular, in view of considerations in relation to the current constitutional profiles of the discourse, so as to verify, in particular, whether or not citizenship is considered, described, defined by the Constitutional Charter and, in the face of a positive hypothesis, what consequences derive from it on the level of the legislation in force Cfr. P. FORTE, *Appunti per una base costituzionale della Cittandanza,* in *Amministrazione in Cammino. Studi in Memoria di R. MARRANA.* According to Professor P. Forte, it is a rather widespread view that the Constitutional Charter does not cover a definition of citizenship, or even that it is not the task of a Constitution to establish it; this assumption is so pervasive that even on the occasion of a recent government proposal to amend the legislation on citizenship, it is stated that the Constitution deals only with the prohibition of depriving some of them for political reasons (Article 22 of the Constitution), but at the same time it is noted that there are many provisions that are addressed to "citizens" (with the exclusion, therefore, of foreigners and stateless persons) and which would give rise to rights and obligations only in the hands of those. However, that opinion must be well understood. It is true that there is a precise, conscious constitutional rule expressly aimed at citizenship, and that perhaps there are good reasons why that discipline is largely issued to ordinary law, but this does not deprive the argument of a dense constitutional network within which the legislator is called to limit himself.

ISSN 2036-7821

economy is a relevant factor and because of these reasons sports policy should also take account and include in their decisions the supranational European decisions concerning the economy in their evaluation.

Reconnecting the possible sports scenarios with each other the last model is called the spill-back the re-self-governance scenario.[52] A regression or even a dissolution of the EU cannot be completely ruled out due to the continuing centrifugal forces. If the sport-related structures at European level were no longer supported by the existing legal framework, the structures of the EU would erode. The fact that competence lies with the nation states and is carried out in this respect by the sports organisations rather than in the past would threaten such a renationalisation of European sports policy. On the one hand, this scenario would reduce the financial resources available and thus fewer opportunities to emphasise the social and educational dimension of sport at European level and, on the other hand, a corresponding scenario would open up more flexibility and room for manoeuvre for national sports federations. These above scenarios are based on the opinions on the Conference on the Future of Europe proposed by the European Commission and the European Parliament at the end of 2019.[53] Since the Lisbon Treaty became legally binding, the EU has helped to highlight the importance of sport as an important economic factor. The EU Work Plan for Sport and the expert groups highlighted the economic dimension of sport regarding European sport policy.[54] In the future, the shaping of the European dimension of sport should be geared to the importance of sport for economic growth, innovation, employment, regional development and tourism development and its promotion should be promoted. Sport-related intellectual property rights are of particular importance in this area. Nevertheless, other aspects within the economic dimension must be given new emphasis. For example, the sports facilities should be considered at this point. Although sports facilities are of great importance for the promotion of physical activity, little attention has been paid to them so far. As municipalities are responsible for sports infrastructure, it is desirable to take greater account of sport at local level in Europe. The debate on the establishment of certain principles regarding the operation of sports facilities and sports infrastructures should be promoted by the EU. Such activities should be linked to the question of how these measures can be promoted and financed as part of a future implementation of sports infrastructure in the Structural and Regional Development Funds. The field of e-sports must be mentioned in more detail at this point. Regarding the controversial inclusion of e-sport, it is difficult to find a common

[52] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 103.
[53] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 103.
[54] COUNCIL 2011/C 162/01. *Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, on a European Union Work Plan for Sport for 2011-2014 (2011/C 162/01). 1.6.2011.*

ISSN 2036-7821

position between the Member States in every respect. At this point, it would be desirable for the Member States to seek better coordination on the future status of e-sport.[55] This is of particular importance to enable both sports federations and authorities to develop future legal frameworks, in particular regarding doping and corruption issues. The results of the study "E-Sports Centres & Social Inclusion" will be of particular importance and must be considered. Furthermore, at this point, the European Green Deal should be highlighted.

In this regard, the areas of climate change and environmental degradation[56], along with the Covid-19 pandemic, appear to be the most pressing global challenges coming to the fore. Strategies to meet these challenges are diligently outlined by the

[55] To learn more about the issue of environmental emergencies and taxation, please compare A. F. URICCHIO, *Emergenze ambientali e imposizione*, p. 321, in A. F. URICCHIO, M. AULENTA, G. SELICATO, *La dimensione promozionale del fisco,* 2015.

[56] There are different reactions of tax legislation with regard of the Member States within the European Union. In the anthropocentric vision that largely directs the understanding of the phenomenal world and the definition of the models of regulation 2, disaster is usually identified with the natural disaster, understood as a hydrometeorological event (floods, storms, cyclones), geological or geophysical (earthquakes, tsunamis, volcanic eruptions, landslides), biological (epidemics or contamination) suitable to cause human loss or serious damage to homes and productive activities. The state of serious pollution that characterises the city of Taranto has made it necessary to adopt emergency legislation to address the environmental emergency. The Legislator, however, has limited itself to providing stricter standards for polluting activities and to planning reclamation works, without introducing any fiscal measures. For a deeper understanding concerning solutions with regard of a taxation and European perspective Cfr. A.F. URICCHIO, *Il disastro ambientale di Taranto. Gli interventi finanziari e fiscali per fronteggiare il grave inquinamento, in,* Rassegna Tributaria, n. 1, 1° gennaio 2014, p. 44. Instead, it is necessary to promote a model of sustainable development, implementing also tax actions to address environmental emergencies and disasters: tax leverage is, in fact, a valuable tool to disincentive polluting productions and at the same time benefit both the economic activities engaged in the reclamation process and those affected by the effects of pollution. In this sense, the institute of the Zona Franca Urbana can represent a useful tool able to revive and redevelop urban districts characterised by serious phenomena of urban, social, and economic degradation while implementing strategies and development actions. The extent and injury to the economic sphere caused by natural events induces the legislator to intervene with subsidies of a financial nature or through tax advantages, redistributing, through general taxation, the costs of reconstruction. Measures to suspend tax or even clemential obligations usually accompany the aid itself in view of the exceptional and unforeseeable nature of the catastrophic event. So that, when nature rebels against man, he is ready to react by driving solidarity models of heterogeneous nature, ranging from subsidies, tax breaks, other funding from the public budget and can even ensure that taxpayers involved are subtracted, in whole or in part, from duties of a contribution nature. If, on the other hand, man violates nature 4, disrupting the fundamental ecological balances directly or indirectly, the reactions from the legal systems appear less immediate and intense. Environmental disasters of anthropogenic origin are often underestimated or even ignored to return to the center of attention on the unfortunate occasions when, accidentally, they add up to natural disasters (think the case of Fukushima in which the tsunami caused the accident to the nuclear reactor or violent floods whose consequences are amplified by uncontrolled deforestation, hydrogeological failure, or global warming of the planet) or when they produce exceptional damage. The deafness of human rapacity, in legitimising models of development that too often subordinate the protection of the environment to productive needs 5, leads to acceptance of the possibility of damage to ecosystems and health.

ISSN 2036-7821

European Green Deal.[57] That is why sport should be given due consideration in appropriate activities. This could be done by integrating the sporting dimension of the Green Deal into EU programmes and projects.[58] From this point of view, the call for projects in the next scheduled Erasmus round should be at the top of the agenda. Calls to do so should seek to carry out an in-depth analysis of the impact of climate change on sport and, consequently, to analyse best practices both for the organisation of major sporting events and for local grassroots sport. Its financing should also recognise and exploit the potential of sport in terms of environmental education to increase the demand for sustainable sporting goods and services on the one hand and to raise awareness of environmental measures on the other.[59]Further policy recommendations along the political and urgency dimensions are also recommended as examples. Good governance is a very important point of reference. In the field of sport, good governance plays a central role due to the many critical developments of the past on the one hand and the growing importance of sports associations on the other. Despite the numerous initiatives taken at European level, there may be a lack of adequate monitoring and leadership of the related implementation activities. The European Commission stresses that funding is an important EU policy instrument for improving key areas of EU activities in sport; calls on the Commission to increase funding for sport under Erasmus+, paying particular attention to grassroots sport and education, and to increase the visibility and accessibility of sport so that it is increasingly taken into account in other funding programmes such as the ESI Funds or the Health Programme; calls for improved communication between the Commission and the Member States in order to make more effective use of these funds and to reduce the administrative burden on grassroots organisations. The Commission recommends that Member States create VAT[60] exemptions[61], tax relief

[57] COM (2015) 614 final. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and social Commitee and the Committee of the Regions Closing the loop- An action plan for the Circular Economy.2.12.2015.*

[58] COM (2019) 640 final. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and social Commitee and the Committee of the Regions, The European Green Deal* 11.12.2019.

[59] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 103.

[60] The Value Added Tax (VAT) is certainly the main tax in terms of revenue among the indirect taxes, governed by Decree No 633 of the President of the Republic of 26 October 1972 and subsequent amendments. Levied gradually, at the various stages of production and distribution of a good, is a consumption tax that is imposed on the final consumer and must not be affected by the number of steps a good take before reaching the final consumer. Its assumption is the value added, i.e. the part of the value of a good or service that the undertaking adds with its activity, and which results from the difference between the value of the goods and services produced and sold by the undertaking and the value of the goods and services purchased by the undertaking and used in production. With VAT, therefore, an example of a perfect tax translation is realised: for all those involved in the production and distribution cycle of a good or service, the tax turns out to be a neutral transaction, except for the final consumer, who, by purchasing the goods or service to satisfy their own needs and not to sell it, pays the tax by taking the full burden. Transactions are considered to be subject to VAT when there are three

ISSN 2036-7821

and other financial incentives for grassroots sport and actively use their respective tax systems to do so; considers that State aid rules should not apply to such support.

The most important and important goal is to achieve a culture of good governance in the long term. Consequently, the EU institutions should continue to give this area the highest priority, paying particular attention to implementation aspects. The main goal is to establish a culture of long-term good governance.[62]Both people and fundamental social rights attract particular attention in this context. Humanitarian aspects and social rights are increasingly coming into focus due to the organisation of major sporting events in emerging countries such as the BRICS countries, as well as the progressive commercialisation of sport and the role of the media that comes hand in hand with it. The EU sees itself as an advocate of values such as human dignity, fair play, freedom, democracy, equality, and the rule of law, which also play a role in sport. The EU should prioritise the prevention of such practices, given the increasing number of cases of physical, sexual, emotional, and psychological abuse of athletes in (top) sport systems. By ensuring the EU of activities and measures that result in a more athlete-oriented, non-threatening and non-hurtful (top) sports culture and behaviour, it could help to put a stop to such aforementioned practices. Regarding the implementation of such a sports policy, the EU institutions should insist that these values must also be considered when awarding major sporting events.[63]This could lead to European values being conveyed through sport at the same time. Superficially, attention should be paid less to the political instrumentalization of

requirements — objective, subjective and territorial — and, in this case, are subject to all the requirements laid down in Title II of Presidential Decree No 633/1972. An interesting case is embodied by the "circulation" of the manufacturer's preliminary sales and VAT invoicing regarding the Italian legal order confront, P. PURI, *La "circolazione" del preliminare di vendita del costruttore e la fatturazione Iva,* in Fondazione Nazionale del Notariato, 1/2022, ISSN 2531-5315, according to whom, for the purposes of value added tax, the question is then made more complex by the taxable nature of the supply of the preliminary contract (even in the case of a supply free of charge) and the particular consequences that always for VAT purposes derive from the negotiation clauses normally used to overcome the problem of the supply of the contract. Of particular interest in these cases is the question of taxation with the consequent possibility of deduction and/or recovery of the tax paid on price advances at the time of the preliminary conclusion. Complications that — as we will see — we also find in some alternative figures that the application practice uses to achieve the same results.

[61] For an overview concerning the international taxation system please Cfr. V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. de´CAPITANI DI VIMERCANTE, C. CORRADO OLIVA, *Manuale di diritto tributario internazionale, Milano*, Cedam ed., 2012, XXVI ss.; P. PISTONE, *Diritto tributario internazionale*, Torino, Giappichelli ed., 2017. Please also refer to G. CORASANITI, *Aggressive tax competition and State aid: brief considerations regarding the "Apple case"*, in Proceedings of the Conference held in Rome at the Sapienza University of Rome on 19 February 2017, P. BORIA (edited by), Milan, Cedam ed., 2018, p. 86; for an overview regarding the Italian permanent establishment in VAT Cfr. P. PURI, *La stabile organizzazione nell'Iva, in Riv. Dir. trib.*, 2/2000; P. PISTONE, *On Abuse and Fraud in VAT: Setting the Appropriate Boundaries for GAARs in the EU VAT System*, in M. LANG et al(eds.), *Improving VAT/GST - Designing a Simple and Fraud-Proof Tax System,* IBFD Publications, ISBN: 978-90-8722- 236-9, pp. 591-602.

[62] COUNCIL 2011/C 162/01. Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, on a European Union Work Plan for Sport for 2011-2014 (2011/C 162/01). 1.6.2011.

[63] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 103 ff.

sport than to the sustainable development of sports diplomacy. The task of future European sports policy should be to further explore and test the possibilities of grassroots diplomacy. The representation of players and athletes can play an important role. In addition to the established Athletes' Commission, in recent decades their own interest groups have established themselves, especially in team sports, which represent the interests of athletes and players more independently. Through new forms of collective advocacy, athletes pursue the desire to realize professional goals and to meet the increased demands on social responsibility. In sport, therefore, against the background of the developments and problem areas briefly outlined here, an in-depth and up-to-date inventory of labour and social relations is urgently needed. In addition, the EU institutions should seek dialogue with the newly formed interest groups, while at the same time preventing uncontrolled growth. The European institutions have developed many sport-related activities in recent years, thus ensuring that they continue to develop their expertise within the institutions. This has also led to an expansion of sport-related structures within the institutions. In addition, to ensure a holistic approach, it would be necessary, in view of the importance of sport, to further develop the institutional expertise associated with sport on the one hand and the competences associated with it on the other.

Structures and resources are needed in the institutions to carry out permanent monitoring, to include the perspectives of all Member States and a greater number of sports federations, to place greater emphasis on sustainability and to improve the coordination that implemented these requirements. Sport seems to play a rather minor role at European level, given the social, health and educational impact of sport and the contribution of sport to GDP. Even in the literal sense, the fact that the word "sport" does not appear in the title of Mariya Gabriel, the Commissioner currently responsible for sport, seems to be an indication of this. Against this background, the importance of sport should be strongly considered on a symbolic level and the implementation of sport-related measures should be vigorously promoted. This can be achieved not least through the attention paid to sport by leading politicians such as the Commissioner responsible, the Head of the Directorate-General, the Presidencies, the Chairman of the CULT Committee and other parliamentary committees. An increase in funding for sport has recently been proposed under the current Multiannual Financial Framework. This increase is necessary in view of the impact and challenges of sport, but should be accompanied by an overarching agenda that clearly defines the results to be achieved and through which binding, independent monitoring system. This agenda would be given the important task of what results it should achieve and what binding independent monitoring system it would be subject to. Specific objectives can therefore be achieved by contributing

ISSN 2036-7821

more efficient and targeted objectives and a more specific allocation across different sectors, rather than financing some activities. In this respect, the funding of sport through Erasmus+ cannot be regarded as a political act in itself. Given the impact of COVID-19[64] on organized sports, increasing funding seems even more necessary. At European level, the cancellation of events and competitions, the reduction of training courses, the loss of membership fees and sponsorship money, which are likely to lead to significant financial problems for the sports sector over a longer period, should also be recognised.[65]The general economic changes are likely to affect the economic situation of the sports industry in a variety of ways. It was to be expected that the demand for goods and services would decline due to unemployment, short-time work and/or fear of contagion. Due to a lack of transport facilities and lower demand, there could be a slump in exports. Supply could be significantly impacted by lockdown and social distancing measures, which would have an impact on employment across the industry in both the short and long term.[66] European sport policy regularly adopts sports policy strategies and measures. This often raises the question of which degree of support is efficient. The answer to this question depends on the expected costs and benefits.

Every economic assessment starts with a cost-benefit analysis. There are many different approaches to determining the economic effects of sport and sports strategies, for example impact studies, cost-benefit analyses, input-output analyses, cost-effectiveness analyses, social return on investment and contingent valuation

[64] The debate that attempts to portray the manner in which institutions respond, nowadays, to the more or less exceptional circumstances that can constitute real emergencies, such as COVID- 19, cannot ignore the finding that, for many scholars of the modern state phenomenon, the management of risk and necessity, natural or social, is among the genetic factors, at the origin of every human aggregate, and therefore also of those particular forms of grouping that we now call with the expression "State", therefore also of the modern one. No one has ever doubted, it can be said, that emergencies arise, and that they require adequate answers, and this is probably among the motives that have led humans to aggregate and live together permanently; historical experience, however, has also shown that they can on the one hand be manipulated artificially, exaggerating certain events to bring them back within that class, and on the other hand, and consequently, to give rise to exceptional conditions that can allow, legitimise and make effective the improper alteration of the institutional balance. With regard of the COVID 19 impact on the improper alteration of the institutional balance Cfr. P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea, in L'Ircocervo,* 2021, p. 110 ss., according to whom, These are, in essence, the reasons why emergencies are considered dangerous, since, for the rest, they belong to the area of risk, an inevitable human condition, spent difficult and painful, but precisely — at least at the moment — not due, in itself, to the institutional arrangements, to the mechanics of sovereignty: no sovereign, neither enlightened nor divine, can guarantee the immunity of his people with respect to natural and social risks, while it is possible, as we will immediately see, to intervene to allow adequate reactions and, at the same time, to mitigate the dangers connected, precisely, to the manipulation and the extreme use of the emergency for the subversion of an order, of a balance.

[65] Confront with regard of the utility of an European sports dimension: EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward,* p. 103 ff.

[66] EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Economic Impact of Sport through Sport Satellite Accounts. Luxembourg: Publications Office of the European Union,* 2018.

ISSN 2036-7821

method. The term economic impact study is used on the one hand as a super-term for economic evaluations and on the other hand describes an independent economic evaluation instrument, which must be distinguished from other approaches. The main difference between an economic impact study and, for example, a cost-benefit analysis is that the former measures the additional income from, for example, a sports event, while the cost-benefit analysis focuses on the benefits for the inhabitants or the different types of costs.[67]Although the economic impact study can provide clues to the monetary value of the impact, a doctrine emphasizes that this is only hypothetical.[68] A cost-benefit analysis, on the other hand, makes this information available in real life.[69] There are two different approaches to impact analysis. The first approach focuses only on the money collected and ignores the fact that the residents have also spent money on event tickets, for example. It is believed that they would have spent the money even without the event. The second approach focuses on the additional income generated by the event.[70] A combination of both approaches can also be found in the literature. Cost-benefit analysis is one of the best-known instruments of economic evaluation.[71] It takes into account all possible costs and benefits (whether direct or indirect) and translates them into monetary values.[72]The presentation as a monetary value has the advantage that such a comparison to the return on investment can be drawn from other areas of economics.[73] By means of the cost-benefit analysis, quantifiable indicators of costs

[67] S. KÉSENNE, *The organization of European football and the competitive balance within and between nations, in* IASE Conference Papers 0518, International Association of Sports Economists, 2005.

[68] S. KÉSENNE, *The organization of European football,* 2005, p. 134.

[69] Preuss 2004; S. KÉSENNE, *The organization of European football,* 2005, p. 134; Crompton 1995

[70] new jobs, tax revenues; S. KÉSENNE, *The organization of European football,* 2005, p. 134.

[71] Cfr. P. A. ROBINSON, I.H. CAIRNS, Stochastic *Growth Theory of Type III Solar Radio Emission*, in, *Astrophysical Journal v.418*, 1993c, p.506.

[72] H. PREUSS, *Calculating the regional economic impact of the olympic games, European Sport Management Quarterly,* 4:4, 234-253, 2004, DOI: 10.1080/16184740408737479PREUSS; in order to understand the calculations regarding the translation of all possible costs and benefits into money values Cfr. M. KOVARSCHIK, Ch. WEIß, *An overview of Cache Optimization Techniques and Cache-Aware Numerical Algorithms,* 2003; A. ROBINSON, I. H. CAIRNS, D.A. GURNETT, *Clumpy Langmuir Waves in Type III Radio Sources;* Ch. SMEKAL, *Steuerpolitik in Deutschland und Österreich: 2 Nachbarn- verschiedene Wege?,* in V. ULRICH – W. RIED (eds.), *Effizienz, Qualität und Nachhaltigkeit im Gesundheitswesen*, Baden-Baden, 2007, 93 ss.; 1 BvR 16/13, ord. 6 November 2019; 1 BvR 276/17, ord. 6 November 2019.

[73] In this regard as mentioned above the monetary value entails the advantage that such a comparison relating to the return on investment can be strained from other areas of economics. Accordingly, after correcting for the main instrumental and selection effects, the thorough evaluations are strained between the Langmuir-wave properties, which have been predicted by the advanced stochastic-growth theory of type III sources and those recognised by the plasma wave experiment on ISEE 3. For a better economic and mathematical understanding Cfr. P. A. ROBINSON, I. H. CAIRNS, D.A. GURNETT, , *Clumpy Langmuir Waves in Type III Radio Sources: Comparison of Stochastic-Growth Theory with Observations* 1993a, in Astrophysical Journal v.407, p. 790; for an overview concerning digital services Cfr. M. BASSINI-G. FINOCCHIARO-O. POLLICINO, *L´UE verso il Digital Services Act: quale equilibrio tra democrazia e potere*; for an overview concerning the right to be forgotten Cfr. C.A. GIUSTI/ F.L GIAMBRONE, *The relationship between European law and German law regarding the protection of the right*

ISSN 2036-7821

and benefits can therefore be presented and possible alternatives can be evaluated so that decisions can be made.[74] However, the lack of available information is considered one of the biggest shortcomings of the cost-benefit analysis.[75]In contrast, the input-output analysis takes into account the exchange effects of different economic units. As a result, the results are limited to the direct economic influence.[76] Input-output analyses have been criticized for their rigidity, i.e., exclusion of factor restrictions, fixed costs and prices, and disregard for inactive macro effects.[77]Social return on investment (SROI) is an approach that measures the results of social investments. Decisions in sports policy (for example increasing sports participation) usually do not pursue monetary goals, but focus on health, social cooperation or improving the common good. It should be noted that only indicators that meet the SMART requirements (specific, measurable, attainable, realistic, timely) are used. SROI is seen as a management tool to support decision-making procedures.

The intangible benefits of sporting events and facilities can also be measured using the Contingent Valuation Method (CVM).[78] This method is particularly suitable for determining the values of public goods.[79] A hypothetical market is created by asking people about their willingness to pay for a particular circumstance (for example a country's success at the Olympic Games).[80] Although the analysis refers to a hypothetical scenario, this approach can still be used for rational decision-making technologies, since the method for example statements on the monetary valuation of an investment are possible. A representative study on the social relevance of top-class sport in German country showed that 72% of the people surveyed support a special support programme for German athletes and that a good two thirds (67.2%) would be willing to pay three euros a year for this funding programme. Almost a

to be forgotten as a fundamental right: the right to oblivion in the judgement of the German Constitutional Court "Right to be forgotten I" from a comparative point of view, in eu media laws, 2/2022.

[74] M. D. BOOTMAN et al., The elemental principles of calcium signaling, 1979, https://doi.org/10.1016/0092-8674(95)90179-5.

[75] RUEDA-CANTUCHES, RAMIREZHURTADO, *A simple-to-use procedure to evaluate the social and economic impacts of sporting events on local communities, International Journal of Sport Management and Marketing 2(5/6),* January 2007.

[76] B. SÜSSMUTH, M HEYNE, *"Economic Impact of National Sporting Success: The German Case," IASE Conference Papers 0608, International Association of Sports Economists*, 2006.

[77] Although large-scale events are often supported by substantial public and private investment, the purported benefits for host communities, including residents and local businesses, have been questioned Cfr. L. Dwyer, P. Forsyth, *Public Sector Support for Special Events,* in Eastern Economic Journal (2009) 35, 481–499. doi:10.1057/eej.2009.31

[78] J. SIEGFRIED, A. ZIMBALIST,"The Economics of Sports Facilities and Their Communities." Journal of Economic Perspectives, 14 (3), 2000, 95-114.

[79] B. K. JOHNSON, J. C. WHITEHEAD, *Value of Public Good from Sports Stadiums: The CVM Approach. Contemporary Economic Policy,* 18, 2000, 48-58. http://dx.doi.org/10.1111/j.1465-7287.2000.tb00005.x.

[80] B. R. HUMPHREYS, *Alternative Measures of Competitive Balance in Sports Leagues. Journal of Sports Economics*, 3(2), 2002, 133–148.

ISSN 2036-7821

third (29.5%) of those surveyed would spend more than three euros. Even abstract states such as the value of the first place in a medal table can be determined by means of a CVM study. A third of the people surveyed were willing to contribute to the first place in the medal table at the 2012 Summer Olympics in London. The amount of the contribution varied greatly between one and 500 euros. The average value was 17 euros per person.[81]These methods can evaluate the cost-effectiveness of European sports policy measures and sports promotion, and thus the economy can contribute to efficiency gains for greater efficiency. Which economic evaluation method for support of the decision-making process of sports strategies, however, depends both on the specific question and on the available data. The sport satellite accounts provide in this matter an important answer. At the level of the member states of the European Union as well as at the EU Commission, the need has increasingly been seen in recent years to have the economic importance of sport regularly determined by calculations based on macroeconomic calculations. The EU Commission therefore announced in the "White Paper on Sport" published in 2007 that a "satellite account for sport" should be developed at European level, which is based on the methodological approach practiced within the national accounts.[82]The White Paper on Sports of 2007 clearly states:" The Commission, in close cooperation with the Member States, will seek to develop a European statistical method for measuring the economic impact of sport as a basis for national statistical accounts for sport, which could lead in time to a European satellite account for sport." The "Vilnius Definition of Sport" clearly defined the production activities for which sport can be related within the classifications of economic statistics. In a comprehensive approach, far more than 400 activities relevant to sport were identified with the products assigned to them. [83]

These can be subdivided according to the following three differentiations of the concept of sport. The Statistical definition includes the "sporting activities" mentioned in NACE, Rev. 2 (classification of economic activities in the European Community) in economic sector 93.1 (for example clubs, associations, leagues, fitness centres). The Narrow definition has been established. In This matter all activities are necessary for the practice of sport (goods and services in the areas upstream of the value chain, including the manufacture of sports equipment, trade in sports goods, sports advertising); as well as all activities included in the "statistical definition". The Broad definition encompasses all activities that require sport as an advance payment, i.e., that are related to sport without being necessary for the practice of sport (goods

[81] C. BREUER & K. HALLMANN, *Unique selling proposition (USP)*, in LE Swayne & M DODDS(Hrsg.), *Encyclopedia of Sports Management and Marketing, Bd. 4, Sage Publications, Thousand Oaks*, Kalifornien, 2, 2011, S.1609-1611.

[82] Cfr.COM 2007.

[83] Cfr. SpEA 2007, Ahlert 2013.

ISSN 2036-7821

and services on downstream markets, including sports tourism, sports media, sports nutrition); as well as all activities of the "narrow definition". The Sports satellite account developed for Germany is based on the broad definition of sport and on the recommendations for its development developed at European level. It considers the general methodological explanations for the creation of supply- and demand-side satellite accounts for other topics.[84] The importance of sport satellite accounts will be analysed in the next chapters. Moreover, the impact of Covid-19[85] on the sports sector through the adaption of sport satellite account will be generally introduced. Finally, the sport satellite account will provide for a general overview of the sports impact on the German economy through the application also of sport satellite accounts.

2.5 Covid-19 impact on the Sport sector

As stated by several European studies, lockdown measures, other restrictions, and the pandemic itself were most likely to have had a significant impact on the sports sector. It is expected that different sub-sectors will be affected to varying degrees, as there are different ways in which the sports sector can be affected by the current pandemic. However, corresponding sectors will be affected differently by the pandemic. These claims are based on a study carried out by the European Commission that would have had an impact on the foreseeable impact of the Covid-19 pandemic on a wide range of sectors closely linked to the sports sector in the future. Organisers, associations, clubs, athletes, local grassroots clubs, federations, coaches, and other employees are or may be affected by the Covid-19 pandemic in a variety of ways, as it has had a far-reaching impact on Member States' economies. The studies carried out by the European Union have summarised the following economic changes, which are set out in the following. The general economic changes

[84] EUROPEAN COMMISSION, Study *on National Sport Satellite Accounts (SSAs) in the EU- Technical Support at National level, Annex to Final Report,* 2021, p. 102 ff; FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, *The Economic Importance of Sport in Germany – Sports Satellite Account (SSK)*, 2018, p. 5 ff; see Annex 3 & European Communities et al. 2009, Ahlert 2013; C. SCHLOTTER, Chapter 18: Germany in Taxation of Entertainers and Sportspersons Performing Abroad (G. MAISTO (ed.), IBFD 2016), *Online Books IBFD* (accessed8 26 August 2016); C. BUCICCO, *L'impresa nel diritto tributario. Introduzione al reddito d'impresa,* p.11-48, Rogiosi,ISBN:978-88-6950-464-8

[85] With regard of the COVID 19 impact on the improper alteration of the institutional balance Cfr. P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea, in L´Ircocervo,* 2021, p. 110 ss; For an in-depth analysis of inequality and prospects of citizenship with regard of Multiculturalism and integration features between constitutional principles and administrative measures please Cfr., F. ROTA, *Diseguaglianze e prospettive di cittadinanza. Multiculturalismo e integrazione fra principi costituzionali e misure amministrative*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di*), Il diritto inmigrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale scientifica,2017. According to the author the European Agenda on Migration takes the limits of European migration policy as a starting point and stresses that its success requires effective integration policies. As integration policies are primarily the responsibility of the Member States, the European Union intervenes by encouraging initiatives to promote integration and mutual trust.

are likely to have a different impact on the economic situation of the sports industry. Given that Member States were confronted with unemployment, short-time working and/or fear of contagion, it should have been assumed that demand for goods and services was declining. It was predictable that due to a lack of transport and lower demand, supply could be significantly affected by lockdown and social distancing measures, which would have an impact on employment in the sector both in the short and long term. Lower tax revenues and increased fiscal measures to directly address COVID-19[86] could impact the amount that can be spent on sports and infrastructure. This is likely to have different effects on organisations depending on the national and/or regional approach taken by the relevant government bodies to financial support. Furthermore, the dominant position of the cancellation of events must be emphasized. This leads to an immediate lack of revenue and directly affects the financial situation of sporting events, stadiums, and tourism. This would likely affect all levels of sport, both the professional and grassroots levels.[87] With regard to sponsorship money, initial indications were that they would be subject to a reduction in the short and possibly long term, as the economic downturn puts financial pressure on existing sponsors. Lower tax revenues and increased fiscal measures to directly address COVID-19 could impact the amount that can be spent on sports and infrastructure. This is likely to have different effects on organisations depending on the national and/or regional approach taken by the relevant government bodies to financial support. Furthermore, the dominant position of the cancellation of events must be emphasized. Multiple reports have been made several times about potential impacts on sports tourism, as both the cancellation of events and the pandemic and the associated lockdown measures affect the ability and willingness of individuals to travel and attend events.[88]Both the production and retail of sporting goods and equipment are affected by general economic trends, such as the closure of production facilities and retail. Several measures and initiatives have been recommended or implemented due to the likely serious impact of the pandemic on all areas of the sports sector.

Prior to this investigation, the organisations involved in the SHARE initiative[89] had prepared a position paper on the impact of COVID-19[90] on the sport sector, in which they encouraged EU and Member State authorities and sport stakeholders to rapidly

[86] With regard of the COVID 19 impact on the improper alteration of the institutional balance Cfr. P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea, in L´Ircocervo,* 2021, p. 110 ss.

[87] COM, *Mapping study on measuring the economic impact of COVID-19 on the sport sector in the EU*, 2020, p. 14 ff.

[88] European Economic Forecast: Summer 2020 (Interim). Available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip132.

[89] COM, *Mapping study on measuring the economic impact of COVID-19,* 2020, p. 14 ff.

[90] With regard of the COVID 19 impact on the improper alteration of the institutional balance Cfr. P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea, in L´Ircocervo,* 2021, p. 110 ss.

ISSN 2036-7821

implement a series of support measures for the sport sector.[91] In order to assess the impact of COVID-19[92] on the sport sector and to enable a transnational exchange of information, questionnaires were sent to all participants of the Working Group on Sport in the Member States. This included access to comprehensive information on how the pandemic can affect the sector, on specific measures for the sports sector to limit the spread of COVID-19, on possible approaches to maintain training and preparation of athletes, on national and EU measures to support the sector in coping with the negative effects of the pandemic, on issues related to the functioning of national associations and sports clubs, on steps to resume activities after the pandemic and on examples of the use of EU funds to support the sports sector.[93]

2.6.1 Update of sports satellite accounts, national projections, and Economic survey

Sports satellite accounts or sports satellite systems can play a very important role as they help to provide a detailed statistical framework for measuring the economic importance of the sports sector. This considers elements that would otherwise remain invisible, as they are included as part of other sectors. An input-output table (IOT) or a quotation and usage table are used as core elements of each SSA. The IOT tables used by the EU and the Member States are specifically tailored to sport and are referred to as the Multiregional Input-Output Table for Sport (MR-IOT:S). This is a sector-specific data set that considers the flow of intermediate goods and services in the EU-28.

Analyses were carried out furthermore to produce national and sectoral projections (on a sectoral basis) for 2020. Both the effects on the supply side (for example production shutdown, closure of shops or hotels, cancellation of events) and on the demand side (for example lower foreign trade) were considered. It also considered the nature of the first steps taken by Member States to combat the pandemic, their duration, and their impact on individual sectors. An online economic survey of the relevant stakeholders was conducted. The aim pursued was to substantiate the economic analysis with practical insights, to give an indication of the current situation in the sports sector, to supplement the results of the economic analysis and to obtain additional information that is not visible elsewhere (for example, share of online sales or membership in a business cluster or network). The results should not be representative of a sector or a country.

---

[91] Position Paper on the Impact of the COVID-19 Crisis on the Sport Sector. Available at: https://euoffice.eurolympic.org/blog/eoc-eu-office-coordinates-multi-stakeholder-covid-19-position-paper-asking-eu-support-sport.

[92] With regard of the COVID 19 impact on the improper alteration of the institutional balance Cfr. P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea, in L´Ircocervo,* 2021, p. 110 ss.

[93] COM, *Mapping study on measuring the economic impact of COVID-19*, 2020, p. 14 ff.

ISSN 2036-7821

2.6.2 Perceived Economic Impact of COVID-19

As can be induced from this chapter, the economic impact of COVID-19 on the sports sector is considerable. With the introduction of social distancing measures to limit the spread of COVID-19, the way and extent to which sports activities at professional and grassroots level can take place has been severely affected. The resulting disadvantages for athletes, sports clubs, broadcasters, retailers, freelancers, and sports associations are clearly noticeable. Stakeholders at the professional and grassroots level have identified several effects of the COVID-19 pandemic. Several professional leagues and activities were forced to suspend or cancel their activities within Europe. This measure was taken with the purpose of halting the spread of the virus. This measure, taken because of Covid-19, is to be regarded as a significant impairment of professional sport. Furthermore, stakeholders have recognised and defined several key burdens that, at their discretion, are likely to have a significant impact on professional sport. At this point, the uncertainty regarding the national and international competitions should be mentioned, which is able to limit the smooth running of day-to-day business in the planning and implementation of games and events. Furthermore, stakeholders are faced with the challenge of managing budgets, which was set up against the background of a sports calendar that is no longer up-to-date today. As a result of cancelled or postponed events, both lost or reduced business relationships and everyday lower investments can be found. Due to the cancellation of several events, it is therefore also to be expected that there will be missed tickets and broadcasts. This is also accompanied by a lower commitment of the fans.[94]

2.6.3 Sport satellite accounts: the German example

Sport is an important leisure activity for many people. Whether actively engaged as a recreational sport or passively pursuing as a spectator of sporting events, the enthusiasm for sports leads to many expenditures, such as sports equipment and clothing or entrance fees when attending sporting events. At the same time, the passive interest of citizens in sports and thus also their consumer behaviour is stimulated by top-class sport. The latter repeatedly catches the eye at international sports competitions such as European and World Championships with the successful participation of top German athletes. However, top-class sport itself can only develop successfully from a diverse and high-quality range of services and infrastructures for organised and non-organised grassroots sport. In Germany, this is

[94] COM, *Mapping study on measuring the economic impact of COVID-19 on the sport sector in the EU*,2020, p. 14 ff.

ISSN 2036-7821

done by sports clubs, sports, and urban planning in the public sector, during school sports and, increasingly, by private sector providers.[95]

For fact-based advice on sports policy and sports practice, scientific support is of fundamental importance. The Federal Ministry of Economics pursues the goal of providing decision-makers in sports policy and sports practice with valid data material. Since autumn 2020, the economic statistics for the reporting years 2016 and 2017 have been available. Sports Satellite Account has been available for the reporting years 2016 and 2017 in the form of detailed revenue and expenditure tables of the national accounts. While updating this Sport satellite account, the very detailed survey results of the representative survey on sports-related consumer spending conducted in 2018 were incorporated. In addition, the project team updated the sports-specific data on sponsorship, advertising, and media rights[96] and on sports facility construction[97] for the reporting period. In this report, the results of the Sport satellite account for the years 2010 to 2017 are based on a very detailed overall calculation procedure. For the reporting year 2018, only an update will be made, as a complete overall calculation is not yet possible. The progress makes use of the sports economics project data already available for the 2018 reporting year and connects them consistently with the data wreath of the overall economic accounting.[98] The development of the economic importance of sport in the reporting period 2010 to 2018 is influenced in particular by the following influencing factors: From a sporting perspective, the two mega-events in 2012 are particularly noteworthy: The Summer Olympics in London and the UEFA European Football Championships took place in Poland and Ukraine. The latter was then held in 2016 in neighbouring France.[99] Major sporting events, if they take place in directly

[95] Ibidem.

[96] Cfr. I. an der HEIDEN, F. MEYRAHN, S. HUBER, G. AHLERT, H. PREUß, *Die wirtschaftliche Bedeu- tung des Sportstättenbaus und ihr Anteil an einem zukünftigen Sportsatellitenkonto. Forschungsbericht (Langfassung)* im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi). Mainz, 2012.

[97] Ibidem.

[98] specialist series 18 / series 1.4.

[99] EU- COMMISSION, *Study on National Sport Satellite Accounts (SSAs) in the EU- Technical Support at National level,* Annex to Final Report, 2021, p. 102 ff; Recent data indicates that EU workers residing in another EU Member State have increased from 4.7 millionin 2005 to 8 million in 2013. See L. Andor, Labour Mobility in the European Union - The Inconvenient Truth(European Commission 2014), available at http://europa.eu/rapid/ press-release_SPEECH-14-115_en.htm. The increasing mobility of individuals inside the European Union has lead to some distinguished scholars arguing infavour of the cross-border fractional allocation of income in each Member State. See K. van Raad, Fractional Taxation of Multi-State Income of EU Resident Individuals – A Proposal, in Liber Amicorum Sven-Olof Lodin p. 211 et seq. (K. Andersson, P. Melz & C. Silfverberg eds., Wolters Kluwer 2001); M. Mössner, Source versus Residence- An EU Perspective, 60 Bull. Intl. Taxn. 12 (2006), Journals IBFD; and P.J. Wattel, Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances: Why Schumacker, Asscher, Gilly and Gschwind Do Not Suffice, 40 Eur. Taxn. 6, sec. 5 (2000), Journals IBFD. For a recent analysis of the possible solutions to tax obstacles caused by different concepts of tax residence among member states, see F. Pitrone, Tax Residence of Individuals within the European Union: Finding New Solutions to Old Problems, 8 World Tax J.(2016), Journals IBFD.

ISSN 2036-7821

neighbouring European countries, can also trigger positive economic knock-on effects at home. This also applies to the 2016 Summer Olympic Games in Rio de Janeiro and to the two Football World Cups in Brazil (2014) and Russia (2018).
The early elimination of the German national team from the FIFA World Cup in Russia has also reduced the event-related economic effects in Germany to a minimum. From an economic perspective, the reporting period will be massively influenced by the negative effects of the EU debt crisis, which temporarily slowed down the overall economic growth system of the German economy and brought with its deflator tendencies, some of which continue to this day. This development has also left its mark on the sports industry, as competition has intensified even further in these years (including low-budget gyms, Black Friday promotions in the retail trade) and consumer behaviour has changed (for example Internet shopping, digital media).[100] At the same time, the export-strong sectors of the manufacturing industry in particular benefited from the difficult global economic situation by being able to massively increase their exports as well as their imports. For example, imports and exports in the product group "Textiles, Clothing, Leather and Leather Goods", which is relevant for sportswear, increased by more than 30% between 2010 and 2018. In the reporting period, both positive and negative effects on sport as a cross-sectional wasteland thus had an economic impact. However, it turns out that the service-oriented sports industry is currently "weakening" compared to the export-oriented industrial economy (and the closely related business-related services) associated with it. Between 2010 and 2018, the contribution of sport to gross domestic product (GDP) fell by -0.3 percentage points from 2.6% in 2010 to 2.3% in 2018. In absolute terms, however, the sport-related contribution to GDP increased by +9.4 billion from EUR 66.7 billion in 2010 to EUR 76.1 billion in 2018. Especially at the end of the reporting period at the current edge in 2018, the sport-related GDP was able to achieve a slightly stronger growth of +8.6%, while the entire economy only recorded an increase of +7.1%.

2.6.4 Consumption

[100] EU- COMMISSION, *Study on National Sport Satellite Accounts (SSAs) in the EU- Technical Support at National level*, Annex to Final Report, 2021, p. 102 ff; Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, *The Economic Importance of Sport in Germany – Sports Satellite Account (SSK)*, 2018, p. 9 ff; I. FELICETTA, M. GUIDO, "E-Marketing by energy companies", da pag. 1034 a pag. 1046 (pagg. 13), in Demetris Vrontis, Yaakov Weber, Evangelos Tsoukatos (Eds), Conference readings book proceedings, 9th Annual Conference of the EuroMed Academy of Business: Inno- vation, Entrepreneurship and Digital Ecosystems, Varsavia, 14-16 settembre 2016, EuroMed Press: Cyprus (ISBN: 978-9963-711-43-7) (open source: http://emrbi.org/wp-content/uploads/2016/08/euromed2016bof.pdf). Partecipazione in virtual conference. Indicizzato in Isi/Wos, accession number WOS: 000390841500079

Sport-related consumption in Germany is most strongly determined by household consumption expenditure, both due to active sporting activity and general passive interest in sport. At around EUR 71.4 billion, this is the largest use component of the final demand for sport-related goods and services in 2018, sports accounted for a good percentage of all household final consumption expenditure. In the period under review, there was an absolute increase in demand for sport-related goods and services. The period from 2014 to 2016 was characterised by general consumer restraint. As a result, many of the sport-relevant goods prices have developed only very weakly – some even declining. Consumers were able to afford some of their sports-related activities and interests for less money and only slightly increased their overall sports-related consumption. The weak price development has somewhat slowed down the longer-term growth momentum of sports-related consumption by private households. This applies in particular to the beginning of the reporting period in the years 2010 to 2012. It was only at the end of the reporting period from 2016 to 2018 that it became apparent that sport-related consumption grew faster than the total sum of private households.[101]Government consumption for sports purposes amounted in 2018. This is about 2.2% of government consumer spending. This share declined slightly over the entire reporting period. However, due to the steady growth in government consumer spending, there is nevertheless an absolute increase in sport-related consumer spending by the state. These include such sport-related benefits of the local authorities (federal, state and local governments as well as social insurance), which are made available to citizens as social benefits in kind (for example within the framework of statutory health insurance) or without special remuneration as non-individualizable consumer expenditure (collective consumption, for example expenditure on school, popular and top-class sport).

2.6.5 Investments

The monitoring carried out for the reporting period 2010 to 2018 thus shows that sport-related government consumption has developed somewhat more slowly compared to general government consumption. Especially at the end of the reporting period in the years 2016 to 2018, the state measures because of the high immigration of refugees stimulated general state consumption.[102]Overall demand for

[101] EU- COMMISSION, *Study on National Sport Satellite Accounts (SSAs) in the EU*, 2021, p. 102 ff; FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, *The Economic Importance of Sport in Germany*, 2018, p. 9 ff.

[102] EU- COMMISSION, *Study on National Sport Satellite Accounts (SSAs) in the EU*, 2021, p. 102 ff; FEDERAL MINISTRY for ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, *The Economic Importance of Sport in Germany*, 2018, p. 9 ff; F. L. GIAMBRONE, "*Aspekte des neuen italienischen Scheidungsrechts: "verkürzte Scheidung" und die damit in der Lehrmeinung einhergehenden Auslegungsprobleme*", in: MÜHF - HAD, C.22, S.2, 2016 (Rivista dell Università Marmara), eissn=2529-0142. For an overview related tot he topic of the controlled foreign company legislation Cfr. P. PISTONE, G. KOFLER, M. LANG, J. OWENS, A. RUST, J. SCHUCH K. SPIES, C. STARINGER (eds.), *Controlled*

ISSN 2036-7821

investment developed significantly positively from 2010 to 2018 due to the gradual revival of the global economy, with a reduction in investment in equipment and a very buoyant domestic construction industry because of low interest rates. This is particularly evident at the end of the reporting period in 2018 with strong growth. By contrast, sports-related investment demand declined in the reporting period from 2010 to 2018. This is primarily since in the years 2009 to 2011 sport was also subsidized by government measures to stabilise the economy.[103] During the three-year period, a great package of money has been evaluated worth of funds from the economic stimulus package II was used to modernise the sports equipment. From the 2012 reporting year, however, it can be observed that the lower annual investment budgets regularly set in favour of sports infrastructure investments will again be realised, bringing the company closer to the level before the crisis in 2008. In addition, in the first years after 2011, sport-related investment activity initially declined because of increased government fiscal consolidation efforts during the implementation of the National Stability Programme. Only at the end of the reporting period in the years 2016 to 2018 will a slight revival take place. Sport-related investment demand grew by in 2018. However, it cannot thus follow up with the overall economic investment momentum. One reason for this is also different price developments. At the end of the reporting period, it can be observed that sports infrastructure investments recorded a weaker price increase in contrast to other investments.

2.6.6 External Balance

Exports of sports goods will be characterised by extraordinary momentum throughout the reporting period and amounted increasingly in 2018. Compared to 2010, this represents a strong increase of 138.4% or EUR 3.4 billion and shows that in recent years German suppliers of sports goods have been able to massively expand their competitive position in international trade. As expected, however, significantly more goods and services are imported into Germany due to the direct demand from sports-related activities. In 2018, the import of sports-related goods accounts for approximately 2.0% of all imported goods. This represents a significant increase compared to 2010. As a result, the external balance of sport as a balance of sport-specific exports and imports is developing negatively due to the continuous increase in import surpluses in the reporting period because of the continuing globalisation of

Foreign Company Legislation, vol. 17 WU Vienna European and International Tax Law and Policy Series, ISBN: 978-90-8722-644-2, IBFD, 2020.

[103] EU- COMMISSION, *Study on National Sport Satellite Accounts (SSAs) in the EU,* 2021, p. 102 ff; FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, *The Economic Importance of Sport in Germany,* 2018, p. 10 ff; M. TENORE, "*Chapter 19: Italy in Taxation of Entertainers and Sportspersons Performing Abroad*", in G. MAISTO (ed.), *IBFD 2016*, Online Books IBFD (accessed 26 1 August 2016), available on www.ibfd.org.

the goods markets. It thus makes a significant contribution to the comparatively weak development of sport-related gross domestic product, despite rising sport-related consumer spending.[104]As a result, the sports industry covered by the Sport satellite account grew compared to 2010. At the end of the reporting period, the growth momentum in production increased significantly. Of course, this is due to the previously mentioned solid development of sport-related final demand in the period 2016 to 2018. Despite the absolute increase in sport-specific production over the entire reporting period, this nevertheless represents a decline in relation to overall economic production. Their dynamism is significantly "slowed down" by the continuous increase in sport-related imports. Goods from the manufacturing industry account for about a good percentage of the total sport-specific production. This share does not include the sport-specific services of the construction industry. A great percentage of sport-related production activities can be attributed to retail. As expected, the half of the total sport-related production is accounted for by service providers. These consist of the services of the transport and hospitality industry, the services of the sector "Banking and insurance, real estate and business-related service providers," services of the sector "Information and communication" and the services of public and personal service providers." Other economic sectors" cover activities and the products assigned to them by those sectors of the economy which are in demand due to sport but do not have product characteristics of sport, including products of the chemical industry (for example detergents and cleaning agents), services of the finishing industry, services of the motor vehicle industry and petrol stations as well as products of information and communication technology (ICT).

2.6.7 Taxes and Gross Value added

As a result of the sport-related provision of services, companies paid net property taxes of around EUR 9.5 billion to the state in 2018. Less the subsidies paid, these include non-deductible sales tax, import duties and other taxes on products. Sport-related revenue from net goods taxes accounts for 2.9% of total revenue and develops declined slightly in the reporting period 2010 to 2018 – in parallel with the sport-related share of total economic production – at -0.3 percentage points.[105]

The weaker dynamics of sport-related production compared to the overall development of production is also reflected in the development of gross value added. In 2018, out of EUR 3,024.4 billion of gross economic value added, EUR 66.6 billion was related to sport. Although sport-related value added has increased by

[104] EU- COMMISSION, *Study on National Sport Satellite Accounts (SSAs) in the EU*, 2021, p. 102 ff; FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, *The Economic Importance of Sport in Germany*, 2018, p. 9 ff.

[105] EUROPEAN COMMISSION (2021), *Study on National Sport Satellite Accounts (SSAs) in the EU*, 2021, p. 102 ff; FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, *The Economic Importance of Sport in Germany*, 2018, p. 14 ff.

ISSN 2036-7821

EUR 8.3 billion since 2010, the share of sports economic value added in the overall economic value added still fell by -0.3 percentage points in the reporting period. In 2018, sport-related performance accounted for a good percentage of the total economic gross value added. It also becomes clear how sport as a cross-sectional economic activity generates value creation contributions in the various economic sectors. Due to sectoral differences in the value-added shares of production, there are shifts in the proportional shares. This primarily benefits the "Public and Personal Service Providers" division, which has a higher value creation intensity in the product process and uses significantly fewer services.

2.7 Conclusions

In 2007, it was decided to draw up the "Satellite Account for Sport" at European level according also to the White Paper on Sport (COM 2007). Results are now available for Austria, Cyprus, Poland, the United Kingdom, the Netherlands, Portugal, and Germany. At the international level, comparable key figures on sport-based employment, gross value added and consumption are discussed.

Through the studies promoted at national level it is possible to classify the sports satellite account results for Germany in the European context. Detailed national sports satellite account studies are currently available for seven EU Member States. Beyond the now outdated results for Cyprus, Poland, and the Netherlands, which were obtained in pilot studies, the sports satellite account results have been updated in the other EU countries. However, only for Germany comprehensively and regularly collected data on sport-related consumer behaviour are included in the sports satellite account calculations. As a rule, the lack of data based on the primary statistics leads to an underestimation of the economic importance of sport and makes an explanatory contribution to the very different shares of consumption and value added.[106]Although within the calculations for the German sports satellite accounts, the sport-specific expenditure of private households and investors in sports facilities according to the Vilnius definition of sport is primarily based on statistics, neither the value added nor the employment share of sport assumes a surprisingly high value

[106] EU- Commission (2021), Study on National Sport Satellite Accounts (SSAs) in the EU- Technical Support at National level, Annex to Final Report, p. 102 ff; Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, The Economic Importance of Sport in Germany – Sports Satellite Account (SSK) 2018, p. 14 ff; For an overview related tot he topic of the controlled foreign company legislation Cfr. P. PISTONE, G. KOFLER, M. LANG, J. OWENS, A. RUST, J. SCHUCH K. SPIES, C. STARINGER (eds.), *Controlled Foreign Company Legislation,* vol. 17 WU Vienna European and International Tax Law and Policy Series, ISBN: 978-90-8722-644-2, IBFD, 2020; Cfr. C. BUCICCO, *Problematiche e prospettive della tassazione dell'economia digitale* p.255-286 in Diritto e Processo Tributario dialogo tra le Corti- ISSN:2421-2385 vol. 3/2019; L. U. ROSSETTI and M. GUIDO, *"The contribution margin in commercial companies of furniture. Some Considerations From the Italian Context"*, da pag. 1824 a pag. 1838 (pagg. 15), in Demetris Vrontis, Yaakov Weber, Evangelos Tsoukatos (Eds), Conference readings book proceedings, 8th Annual Conference of the EuroMed Academy of Business: Innovation, Entrepreneurship and Sustainable Value Chain in a Dynamic Environment, Verona, 16-18 settembre 2015, EuroMed Press: Cyprus (ISBN: 978-9963-711-37-6)

and can plausibly be justified from a methodological, economic and sports institutional perspective. In addition, there are two studies published by the EU Commission,[107] which contain results for all EU member states on the national employment and value-added shares of sport for the reporting years 2012 and 2020. For many countries, the corresponding calculations are carried out according to a simplified and primarily supply-side methodology, which in the empirical foundation refers almost exclusively to freely available data.[108] Unfortunately, the authors of the studies published in autumn 2018 and 2020 present outdated unrevised values for Germany. The regular sports satellite account monitoring established in Germany with this research project is in line with definitions and methodological recommendations agreed at international/European level. Monitoring makes a central contribution to the provision of reliable and traceable data for fact-based advice on sports policy and practice. However, this is only possible because unpublished detailed data from the Federal Statistical Office as well as sport-specific primary surveys carried out specifically for this purpose within the research project can be used.[109]

2.7.1 Key findings and recommendations regarding a future framework of European sports policies and politics.

The Treaty of Lisbon is credited with the important function of having functioned as an important milestone in terms of sport policy and related measures in Europe. In 2009, the adoption of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) gave the EU a legal basis for shaping European sports policy. This gave the EU explicit power to act in the field of sport. Since Lisbon, the EU has been responsible for supporting and coordinating activities in the field of sport, but it cannot take measures to standardise or shift competences. First and foremost, the adoption of soft policies, such as the promotion of exchanges and values in sport or the development of the European dimension of sport, concern the main objective of the current sport policies of the EU institutions.[110]This is particularly reflected in distributive measures and the allocation of goods and resources. Furthermore, the implementation of EU sport policy, despite the limited formal extension of the EU's

[107] European Commission 2018 & 2020.

[108] EUROPEAN COMMISSION (2020), *Mapping study on measuring the economic impact of COVID- 19 on the sport sector in the EU. A report to the European Commission. Final report. Written by Ecorys and SportsEconAustria (SpEA),* Luxemburg.

[109] EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Economic Impact of Sport through Sport Satellite Accounts. Research Report.* Study carried out by SportsEconAustria Institute of Sports Economics & Sheffield Hallam University Sport Industry Research Centre, Luxemburg, 2018.

[110] EU- KOMMISSION, *Studie für den Auschuss für Kultur und Bildung- EU- Sportpolitik: Bewertung und mögliches künftiges Vorgehen,* 2021, p. 1 ff.

ISSN 2036-7821

competences, represented a fundamental step towards the European dimension of sport. At this point, it must be noted that the number of public and private actors involved is constantly increasing. It covers more and more sectors and policy areas, and better funding and increasingly complex forms of advocacy help to highlight the main characteristics of the dynamism and growth associated with sport at European level. While the demand for priorities and appropriate forms of coordination has increased, both European sport policy and the associated measures have been characterised by ongoing growth and differentiation processes over the past ten years. EU sport policy encompasses activities that can be ordered to the EU institutions and the Member States, as well as the activities of European sports federations and other European interest organisations and national sports organisations.

The persistent horizontal differentiation between public and private actors is arguably an important feature that is coming to the fore, helping to distinguish sports policy and the measures that go with it. To influence sport in Europe, since the 1990s, increasingly private actor sports associations have been set up at European level. While European sports federations made sport-related decisions largely independently for many years, leagues and clubs, player and coach representatives, player advisors and various agencies are now also involved in the corresponding process. Both sectoral growth and differentiation should be highlighted as a second essential feature of European sport policy, in addition to the number of actors involved. Today, there are hardly any sport-related sectors that are not covered by activities at European level. This chapter seeks to pursue the objective of examining relevant policy areas in the light of four structural dimensions, namely an economic dimension, a social and cultural dimension and an overarching dimension that points to urgent challenges. The fact that the procedures and opportunities for participation in decision-making in the field of sport have become increasingly complex can be attributed to an increasing number of actors with a wide variety of interests. The fact that there are increased activities at European level and more stakeholders has led to an increasing differentiation of procedures in sport policy. The Member States are committed to European sport policy and contribute constructively to it, especially in the Council. Initially, they were not sure about transferring sports competences to the EU, but in many ways, they had recognised the benefits of Europe-wide coordination of public interests in sport, beyond direct access to federations.[111]European sport policy and related measures are not defined

[111] EU- COM, *Mapping of innovative practices in the EU to promote Sport outside of traditional structures,* 2020, p. 71; For an overview related tot he topic of the controlled foreign company legislation Cfr. P. PISTONE, G. KOFLER, M. LANG, J. OWENS, A. RUST, J. SCHUCH K. SPIES, C. STARINGER (eds.), *Controlled Foreign Company Legislation,* vol. 17 WU Vienna European and International Tax Law and Policy Series, ISBN: 978-90-8722-644-2, IBFD, 2020; cfr. Cfr. C. BUCICCO, *Problematiche e prospettive della tassazione dell'economia digitale* p.255-286 in

ISSN 2036-7821

institutionally, procedurally, or sectoral, but are subject to ongoing changes due to individual decisions. The fact that more attention is being paid to sport at European level has led to a central commonality of all actors, but not to uniform reaction patterns and adaptation processes. It appears that there is a split in the relationship between the interests of traditional (non-profit) sports organisations and commercial providers in the sector, although at this point the conflict arising from autonomy and interference remains. The debate on the future of the European model of sport and its specificity, which is based on the principles of solidarity, inclusiveness, and volunteering, seems to be playing an important role in the light of the Commission's decision on the International Figure Skating Federation and the recent related judgment of the Court of Justice of the European Union. Although interinstitutional cooperation between the Council, the Commission and Parliament in the field of sport has become more structured, there is still a lack of regular cooperation on formal arrangements and procedures.[112] Some recommendations can be drawn here regarding the future of European sport policy and the measures that go with it. At this point, it is advisable to review the area in terms of coordination and cohesion and to take a more holistic approach. Since the Treaty of Lisbon became legally binding, European sport policy and the measures that go with it have been redefined and further developed over the last ten years. This ongoing differentiation has by no means contributed to greater visibility and efficiency and thus in no way promoted the (output) legitimacy of European sports policy. An improvement in the coordination of European sport policy would therefore be advisable. Both intra-institutional and interinstitutional cooperation need to be improved. Sport federations and professional stakeholders in the field of sport, as well as the Member States, should be consulted more closely. For sport to be included in political, economic, and social development strategies and programmes, it is advisable to strive for structural adjustments in the interests of general refinement. Exploring wider cross-sectoral links and mainstreaming sport in other relevant EU policies is essential for greater cohesion in this first key area.

The buzzword of good governance is particularly desirable in this context. Although numerous activities and projects have already been launched at European level, there is a lack of monitoring and support for the relevant implementation activities. Therefore, the EU institutions should continue to give high priority to this area, while paying particular attention to implementation aspects. The most important goal is to establish a culture of good governance in the long term. In view of the numerous

Diritto e Processo Tributario dialogo tra le Corti- ISSN:2421-2385 vol. 3/2019; L. U. ROSSETTI and M. GUIDO, *"The contribution margin in commercial companies of furniture. Some Considerations From the Italian Context"*, da pag. 1824 a pag. 1838 (pagg. 15),

[112] EU-KOMMISSION, *Studie für den Auschuss für Kultur und Bildung- EU- Sportpolitik: Bewertung und mögliches künftiges Vorgehen*, 2021, p. 1 ff.

critical developments in sport in the past and in view of the great importance of sports federations, good governance is of central importance. In recent decades, in addition to the established Athletes' Commission, separate interest groups have been formed, which represent the interests of athletes and players more independently. That is why the representation of players and athletes is of dominant importance. The central goal of the various activities is the desire of the athletes to realize professional goals through new forms of collective representation of interests and to meet the increased demands on social responsibility. A deeper and up-to-date inventory of labour and social relations in sport is urgently needed in view of the above-mentioned problem areas.

In addition, the EU institutions should seek dialogue with the newly formed stakeholders. Humanitarian aspects and social rights are increasingly coming to the fore due to the organisation of major sporting events in emerging countries, such as the BRICS countries, as well as the progressive commercialisation of sport and the stronger role of the media. At this point, the special position of human rights and fundamental rights must be emphasised. The EU sees itself as an advocate of values such as human dignity, fair play, freedom, democracy, equality, and the rule of law; these values are also important in sports.[113] The EU sees itself as an advocate of values such as human dignity, fair play, freedom, democracy, equality, and the rule of law; these values are also important in sports.

In view of the increasing cases of physical, sexual, emotional, and psychological abuse of athletes in (elite) sports systems, the EU should give priority to the prevention of such practices.[114] This objective can be achieved by supporting activities and implementing certain measures aimed at: to promote a more athlete-oriented, non-threatening and non-hurtful (top) sports culture and behaviour. When awarding major sporting events, the EU institutions should insist that such values be considered in the context of European sport policy. At the same time, European values can be conveyed through sport. In this context, the focus should be on the sustainable development of grassroots sports diplomacy. The task of future European sports policy should be to further explore and test the possibilities of grassroots diplomacy.[115]The second area focuses on policy areas. Although only rudimentary overarching recommendations for action can be made here, and each field should be dealt with individually, which is not possible in the context of a

[113] Council 2018/C 196/06. Conclusions of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on promoting the common values of the EU through sport (2018/C 196/06). 08.06.2018.

[114] Council 2017/C 189/09. Conclusions of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, on sport as a platform for social inclusion through volunteering (2017/C 189/09). 15.06.2017.

[115] EUROPEAN PARLIAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways for*ward, 2021, p. 103 ff.

ISSN 2036-7821

general recommendation, the corresponding proposals are intended to underline the importance of some specific fields. After more than ten years of being enshrined in primary law, sport is now becoming central areas to which particular attention should be paid in terms of profiling and prioritisation. Therefore, this study proposes not only to take a closer look at the scope of EU sport policy, but also to pay particular attention to the following four pillars: integrity, physical activity, health, and education. In addition, the problems caused by COVID-19[116] need to be addressed. On this basis, an action plan with clear support mechanisms should be developed.[117]

The parliamentary perspective and the role of the European Parliament (EP) are being analysed more diligently in the third area. The European dimension of sport has been raised in the public consciousness by the European Parliament through hearings, debates, policy initiatives and opinions. If issues relating to sport and sports services were to be placed on the agenda more frequently, this could help to increase the corresponding performance of the CULT Committee in terms of sports policy.[118] At this point, it should be emphasised that an increase in both vertical cooperation with national parliaments and horizontal cooperation between the Cult Committee and other standing committees on sport issues would be particularly recommended. The expertise of sports federations and organisations should be consulted by the European Parliament in terms of proactive policy advice. The European Parliament should be able to provide a framework for regular communication on sport, as parliaments serve as forums and advocates for public debates on sport, The successful development and establishment of a sustainable and sustainable European sport policy by broadening and deepening the knowledge and information base with the associated involvement of the Member States would be highly recommended. While promoting the wider dissemination of existing studies on sport, better access to existing materials for the development of sport at European level should also be encouraged. This objective would be met by the publication of an annual report on the development of sport (or sport policy) in Europe to ensure better access to information and data.[119]Moreover the Impact on the promotion of sport in the context of the EU's overarching policy objectives can be stated. Innovative practices to promote sport not only influence the way people play sport, but also have an impact on other important areas of development such as

[116] With regard of the COVID 19 impact on the improper alteration of the institutional balance Cfr. P. FORTE, *Caratteri della decisione pubblica di emergenza contemporanea, in L'Ircocervo,* 2021, p. 110 ss.

[117] EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Studie für den Auschuss für Kultur und Bildung- EU- Sportpolitik: Bewertung und mögliches künftiges Vorgehen*, 2021, p. 3 ff.

[118] EUROPÄISCHES PARLAMENT, *EU sports policy: assessment and possible ways forward*, 2021, p. 103 ff.

[119] EUROPÄISCHE KOMMISSION, *Studie für den Auschuss für Kultur und Bildung- EU- Sportpolitik: Bewertung und mögliches künftiges Vorgehen*, 2021, p. 3 ff.

ISSN 2036-7821

technological, sustainable, or social development.[120] Since sport is increasingly linked to everyday human life due to its flexibility in practice, it has proven to be a "gateway to effect". In the field of medical and psychological care, as well as for the continuous development of technological and digital material for the further improvement of human life, sport also provides inspiration for further research in this regard. The sports sector can play an important role in the development of better, more effective learning and competence acquisition techniques. In terms of the development of tourism and a cleaner, more sustainable lifestyle, sport and physical activity can help to offer healthier and more environmentally friendly perspectives in this regard. Given the challenges facing today's society, EU policy in recent years has increasingly focused on the above-mentioned aspects.[121] The EU's future policy objectives, in particular those set out for the Multiannual Financial Framework (MFF) 2021-2027, focus on the development of key areas such as health and well-being, research and innovation, digitalisation[122], transition to a zero-carbon economy, sustainable tourism, environmental protection, lifelong learning, social cohesion and inclusion.[123] Over the last decade, EU policy-makers have gradually recognised the important contribution that sport and physical activity make to these policies listed above. Several milestones have already been reached in further recognising and developing the cross-sectoral dimension of sport.[124] In order to achieve the objectives of the following EU programmes and actions, these milestones are related to the recognition of the importance of sport. The Strategy for Recovery and Resilience, supported by the Next Generation EU, in the context of the COVID-19 pandemic; the sports sector is also linked to the European Green deal, through the development of an active and sustainable lifestyle, to link lifelong learning and the acquisition of soft skills through sport; EU cohesion policy through the contribution

[120] Conclusions of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on the impact of the COVID-19 pandemic and the recovery of the sport sector, Brussels, 22 June 2020.

[121] EU- COM, *Mapping of innovative practices in the EU to promote sport outside of traditional structures*, 2020, p. 71.

[122] Cfr. C. BUCICCO, *Problematiche e prospettive della tassazione dell'economia digitale* p.255-286 in Diritto e Processo Tributario dialogo tra le Corti- ISSN:2421-2385 vol. 3/2019; For an in depth analysis concerning tax treaties and procedural law within the European Union Cfr. P.PISTONE, G. KOFLER, M. LANG, A. RUST, J. SCHUCH, K.SPIES, C. STARINGER(eds.), *Tax Treaties and Procedural Law*, vol. 18 WU Vienna European and International Tax Law and Policy Series, ISBN: 978- 90-8722-647-3, IBFD, 2020; I. FELICETTA and M. GUIDO, "*E-Marketing by energy companies*", da pag. 1034 a pag. 1046 (pagg. 13), in Demetris Vrontis, Yaakov Weber, Evangelos Tsoukatos (Eds).

[123] Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on the European Union Work Plan for Sport (1 January 2021-30 June 2024) 2020/C 419/01.

[124] EU- COMMISSION, *Mapping of innovative practices in the EU to promote sport outside of traditional structures*, 2020, p. 71 ff.

that sport can make to regional development.[125] The recently published EU Work Plan for Sport 2021-2024 sets out well the cross-sectoral dimension of sport and physical activity and their contribution to these overarching EU policy objectives.[126] The latter aims to change the socio-economic and environmental dimension of sport by promoting innovation and digitisation in this sector; promote environmentally friendly sports practice and education; promote the construction of sustainable sports facilities. In addition, the Work Plan for Sport 2021-2027 recognises and further supports the contribution of sport to regional development through the use of the Recovery and Resilience Facility (part of the Next-Generation EU recovery strategy) or future cohesion policy funds to finance sport projects.[127] Moreover should sport policy contribute to the overall priorities of the Union's economic and social agenda and to sustainable development in order to stimulate jobs, growth and investment and to prepare for the post-2020 period as already stated in the Juncker´s Commission.

[125] COM (2019) 640 final. Communication From the Commission to the European Parliament, the European Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions The European Green Deal 11.12.2019.

[126] Conclusions of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council on the impact of the COVID-19 pandemic and the recovery of the sport sector, Brussels, 22 June 2020.

[127] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, on the European Green Deal, COM (2019) 649 final, Brussels, 2019.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Dimensioni e misurazione della colpa nella responsabilità erariale

di Massimiano Sciascia

(Professore Straordinario di diritto amministrativo presso l'Università Telematica "Pegaso")

Sommario

1. Autonomia concettuale della colpa. - 2. Il rilevamento dell'intensità della colpa. La misura oggettiva. - 3. La misura soggettiva. Il modello di riferimento. - 4. Anatomia della colpa. - 5. La divisione del lavoro e l'affidamento quali limiti al dovere di diligenza. L'esimente politica. - 6. Esclusione della colpa e della sua gravità.

Abstract

Starting from the conceptual versatility of guilt in the various branches of law, we arrive at affirming the autonomy of its notion in public accounting; here it assumes a differentiated status, relevant to the purpose of defining tax liability in relation to its particular intensity. Therefore, to avoid arbitrariness, it is necessary to proceed to identify specific logical tools refined by experience, which can allow a measurement of the fault, also making this operation detectable and verifiable. The determination of the seriousness of the fault presupposes, in fact, the assessment of its effective dimensions through two fundamental criteria, which represent the measures of the fault, i.e. the existence of a conduct held in extreme contradiction to that indicated by the precautionary rule (objective measure) and the failure to exercise the necessary, even if minimal, level of control required by the law on external causal courses (subjective measure). We then examine the limits to the duty of care constituted by the principles of the division of labor and custody, with particular regard to qualified custody. Finally, the discussion of the causes of exclusion of guilt.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Autonomia concettuale della colpa.

La nozione di colpa non è univoca nel nostro ordinamento giuridico, in quanto ogni ramo di esso, ad opera del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina, tende a modellarla secondo le proprie metodologie, esigenze e categorie logico-giuridiche[1].

Il sistema della colpa nel codice civile è invero fondato sul modello astratto del buon padre di famiglia, ma all'adempimento delle obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale il codice fa riferimento ad una forma attenuata di responsabilità basata sul dolo o colpa grave, in quanto ai sensi dell'art. 2236 c.c. se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave. Tuttavia anche in altre occasioni il codice civile fa riferimento alla particolare diligenza necessaria vista la natura e le caratteristiche di una specifica attività, come ad esempio all'art. 1176, c. 2°, in sostanza la colpa consiste nel violare un criterio medio di diligenza adattabile alle varie circostanze, nel caso di colpa professionale la limitazione al dolo o alla colpa grave è giustificata dal rischio particolare che si impone all'agente[2]. Nel sistema del codice civile si è così creata una doppia figura della colpa, una astratta fondata sul modello del buon padre di famiglia intesa come una concezione psicologica della colpa che si esaurisce in un nesso psichico fisso ed uguale tra l'agente ed il fatto ed un'altra normativa fondata su una reale graduazione della colpevolezza in cui l'attenzione si sposta dalla verifica dell'inadempimento alla valutazione dell'azione colpevole, modellando la colpa secondo la diversità dei casi in rapporto alla maggiore o minore antidoverosità del comportamento del soggetto rispetto all'entità del danno[3] .

La nozione di colpa con le sue diverse sfaccettature è stata invero molto approfondita dalla dottrina penalistica, in quanto nel diritto penale essa assume la sua massima latitudine ed essa si distingue nettamente dal dolo[4].

---

[1] Brusco C., *La colpa penale e civile*, Milano, 2017, pag. 40;

[2] Alpa G., *Diritto della responsabilità civile*, in Alpa G, Bessone M., *La responsabilità civile : illecito per colpa, rischio d'impresa, assicurazione*, Milano, Giuffrè,1976.

[3] Cfr. Chironi G.P., *La colpa nel diritto civile odierno (colpa contrattuale ed extracontrattuale)*, 2012, E.S.I. ed.; Merlino F.S., *Doveri, Diritti, Danno, Dolo, Colpa e Responsabilità*, 2021, Cedam. Brusco C., *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la L. 8 marzo 2017 n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, Giuffré, 2018. C.conti, SS.RR. 24/9/97 n. 66 – contro- SS. RR. 10/6/97 n. 97 e Sez. I 14/1/97 n. 1.

[4] Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16° ed., Milano, 2003, pag. 367; Giunta F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. Proc. pen.*, 1999, pag. 86; Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, Bologna, 2008, pag. 565 ss; Padovani T., *diritto penale*, Milano, 2012, Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; Palazzo, *corso di diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Torino, 2013, pag. 347; Romano, *Commentario sistematico al codice penale, sub* art. 43, 3° ed., Milano, 2004, pag. 457; De Francesco G., *Diritto penale*, Torino, 2011, pag. 431 ss.; Castronuovo, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, *Riv. it. dir. proc. pen*, 2011, pag. 1615; Ambrosetti E.M., *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova, 2010, pag. 39 ss.; Marinucci, *non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione della colpevolezza?* In *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, 1991, pag. 17; Trapasso T., *Imputazione oggettiva e colpa*

ISSN 2036-7821

Nella contabilità pubblica, la dottrina e la giurisprudenza tendono a porre l'aspetto psicologico su di un piano secondario ed eventuale, riferendosi essenzialmente alla sussistenza dei presupposti obiettivi della responsabilità piuttosto che a quelli soggettivi, tanto più che la colpa nel campo contrattuale viene valutata in termini rigorosamente obiettivi. Al contrario nella responsabilità gestoria di tipo amministrativo la colpa va distinta dal dolo, in quanto essa assume un autonomo statuto che ha rilevanza sul piano delle conseguenze giuridiche, quali la sussistenza o meno dell'illecito, la determinazione e ripartizione del danno risarcibile, l'utilizzazione del potere riduttivo, la minore incidenza del concorso colposo di terzi o dell'ente danneggiato[5].

Pertanto appare necessario operare una trasposizione nel settore "contabile" delle problematiche proprie della scienza penalistica e segnatamente dei risultati delle sue indagini, valutandone le insufficienze nell'applicazione alle responsabilità gestorie.

Quanto alla struttura gli elementi costitutivi della colpa contabile sono tradizionalmente tre, ossia la mancanza di volontà del fatto materiale tipico, l'effettiva violazione di una regola di condotta sociale o scritta e l'attribuibilità all'autore dell'inosservanza delle cautele de quibus.

Secondo la tradizione romanistica si distingue la colpa in grave, lieve e lievissima ([6]).

La colpa grave (*culpa lata*) corrisponde alla *magna neglegentia*, ossia a *id est non intelligere quod omnes intellegunt*, tanto da confondersi con il dolo (*culpa lata dolo equiparatur*) ([7]).

La colpa lieve (*culpa levis*) consiste nella mancanza della diligenza del buon padre di famiglia[8].

La colpa lievissima (*culpa levissima*) corrisponde alla violazione della « *magna diligentia* ».

Nell'ambito della responsabilità gestoria di tipo amministrativo si risponde esclusivamente per colpa grave, in quanto si è ritenuto di preservare i pubblici funzionari dal rischio di conseguenze risarcitorie per errori in cui facilmente si può incorrere nell'esercizio dei complessi e mutevoli compiti (art. 1 L. n. 20/94 nov. L. n. 639/96)[9].

---

tra "azione" ed "omissione": dalla struttura all'accertamento, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1233. In giurisprudenza v. C.conti sez.III centr. 3 ottobre 2022 n.324, che ribadisce la nozione di dolo contabile.

[5] C.conti sez.III centr. 1 settembre 2022 n.306, in Riv.C.conti. n.5/2022.

[6] Per un approfondimento delle tematiche afferenti la colpa grave vedasi M. SCIASCIA, *La nozione di colpa grave tra principi di diritto comune e configurazione autonoma*, in Atti del Convegno di Varenna 15-17 settembre 2005 su « Responsabilità amministrativa giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme) ».

[7] Tridico B., *Colpa grave e gradualità della condanna*, in *Riv. C. conti* 5/2000, pag. 68. In giurisprudenza v. C.conti sez. giurisd. Emilia-Romagna 16 agosto 2022 n. 141, per cui "*La colpa grave ricorre in presenza di una negligenza inescusabile della parte, per essere quest'ultima venuta meno ai minimali doveri correlati alla propria istituzionale funzione*"

[8] D'Orazi C., *Riflessi sull'accertamento della colpa lieve …..*", in Riv.C.conti n.4/2020, pag.97 segg.

[9] C.conti sez.Trentino A.A. 14 luglio 2022 n.7, in Riv.C.conti n.4/2022.

ISSN 2036-7821

Evidentemente la legge intende evitare che il timore di commettere errori scoraggi i funzionari da un sereno e proficuo svolgimento dei loro complessi compiti, che per essere finalizzati all'interesse pubblico giustificano la conseguenza di far apparire secondario ed accettabile l'inconveniente di lasciare l'ente danneggiato dalla negligenza « lieve ».

Nell'ambito della responsabilità gestoria di tipo contabile la limitazione della colpa al livello grave non trova invece applicazione ai fini della configurabilità dell'illecito, in quanto essa viene assorbita dalla non imputabilità delle cause impeditive dell'adempimento.

La giurisprudenza della Corte dei conti ha tentato di qualificare la colpa grave con riferimento al campo contabile.

Essa consiste nell'omissione di quelle cautele minimali, in una superficialità e leggerezza nel curare gli interessi pubblici e della amministrazione, che fanno trasparire uno scarso interesse, un dispregio ed una sconsiderazione massima ([10]).

Rientra nella nozione di colpa grave la c.d. colpa cosciente, che ricorre allorché il soggetto, pur non volendo commettere l'illecito contabile con le sue conseguenze dannose, si rappresenti tale eventualità quale conseguenza della sua condotta, ancorché confidi con certezza nella circostanza che non si verifichi l'evento lesivo[11].

Qui il confine con il dolo eventuale è sottile ed è veramente giustificato quel brocardo per cui *culpa lata dolo aequiparatur*.

Va ricordato incidentalmente come in tempi recenti sia intervenuto il legislatore in via d'urgenza (art.21 co.2° DL n.76/2020)[12] che ha temporaneamente sospeso dal 17 luglio 2020 (data di entrata in vigore del provvedimento d'urgenza) al 31 luglio 2021 (poi 31 dicembre 2021, nel testo della legge di conversione n.120 del 9 novembre 2020), la responsabilità erariale risarcitoria per colpa grave, limitando l'illiceità ai casi

[10] C. conti sez. Veneto 10 febbraio 1997 n. 71 est. Giuseppone, in *Riv. C. conti* n. 3/97, pag. 101, secondo cui *il requisito della colpa grave non sussiste in presenza di una mera violazione di norma, ma va individuata nell'atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni, di negligenza massima e di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti, nonché nell'agire senza le opportune cautele, senza il rispetto delle comuni regole di comportamento e senza osservare quel grado minimo di diligenza che tutti, comprese le persone al di sotto della media sociale, quanto a cautela e diligenza, sono in grado di usare*.

C. conti sez. Puglia 3 aprile 1997 n. 16 est. Lorusso, in *Riv. C. conti* n. 3/97, pag. 149, secondo cui l'incertezza interpretativa di una norma esclude la colpa grave, specie se è risultata necessaria una successiva legge interpretativa cui peraltro seguì una giurisprudenza contraddittoria del Consiglio di Stato.

[11] C.conti sez.Umbria 12 agosto 2022 n.48, in Riv.C.conti n.4/2022, 176, che la definisce colpa "gravissima".

[12] Benigni A., *Prima lettura del dl n. 76/2020 tra formante legislativo ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in Rivista Corte conti n. 55/2020; Ciaramella A., *La* sopravvivenza normativa della responsabilità erariale, in Diritto e conti 2020; AAVV, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto legge semplificazioni fra contraddizioni ed incoerenze di sistema*, in Rivista Corte conti n. 6/2020; Amante E., La "nuova" responsabilità amministrativa a seguito del dl n. 76 del 2020, in Urbanistica e appalti n. 1/2021; Caso L., *Il condono degli sprechi non può essere la via per la Recovery Italiana*, ne Il sole 24 ore, 10 maggio 2021.

ISSN 2036-7821

di omissione o inerzia gravemente colposa[13], nonché ai comportamenti dolosi con riferimento alla volontà del danno, peraltro da provare puntualmente[14]. Tale termine é stato infine prorogato al 30 giugno 2023 dall'art. 51, co. I, lett. h), legge n. 108 del 2021[15].

La disposizione sull'esenzione de qua, in ragione della natura chiaramente eccezionale, essendo rivolta testualmente all'azione finalizzata al giudizio di responsabilità, non é infine applicabile ai casi di rimborso, anche per equivalente, da parte degli agenti contabili, emergenti nell'ambito di giudizi di conto, ferma restando il chiarimento legislativo sulla configurazione del dolo concernente la volontà anche delle conseguenze pregiudizievoli della condotta.

2. *Il rilevamento dell'intensità della colpa. La misura oggettiva.*

Volendo scendere da una visione meramente enunciativa ad una descrizione precisa e puntuale in teoria generale, per quanto naturalmente è consentito, di un fenomeno così complesso, occorre analizzarne scientificamente la struttura, utilizzando alcuni criteri impostati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La colpa risulta rilevante ai fini della responsabilità gestoria, solo quando raggiunge una particolare intensità, che la diversifica dalla colpa lieve e la rende anzi affine, sotto una certa angolazione, al dolo.

Tuttavia é bene aver presente che al concetto di gravità della colpa deve sempre essere attribuito un significato rigorosamente legato al caso concreto, non surrogabile con formule di stile, sostenuto da una congrua motivazione, scevra dall'uso di tautologie, in modo che l'aggettivo "grave" non sembri semplicemente giustapposto al sostantivo "colpa"[16].

Dunque, ad evitare l'arbitrio, bisogna solo procedere ad individuare specifici strumenti logici affinati dall'esperienza, che possano consentire una misurazione della colpa, rendendo inoltre tale operazione riscontrabile e verificabile.

---

[13] Lo stesso provvedimento d'urgenza individua alcuni comportamenti che possono configurare una responsabilità erariale per colpa grave da ritardo o omissione (art.1 co.1°, art.2 co.1° e art.6 co.3° DL n.76/2020), nell'intento di velocizzare le procedure attuative.

[14] L'esenzione temporanea, avendo come specifico oggetto la responsabilità risarcitoria sia patrimoniale che non patrimoniale, come quella per danno all'immagine, non concerne invece le altre forme di responsabilità di competenza della Corte dei conti, quali le responsabilità sanzionatorie pecuniaria e personale.

[15] Il Presidente della Corte dei conti, Guido Carlino nella Relazione per la cerimonia di Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023, ha affermato "*Alla luce dei risultati sinora conseguiti, permangono perplessità sulle norme che hanno previsto limitazioni alla perseguibilità delle condotte gravemente colpose, ancorché produttive di danno e, quindi, pregiudizievoli per gli interessi della collettività*".

[16] Ciaramella A., *La sopravvivenza normativa della colpa grave nella responsabilità erariale,* in Diritto e Conti, 2020.

ISSN 2036-7821

La determinazione della gravità della colpa presuppone infatti l'accertamento delle sue effettive dimensioni attraverso due fondamentali criteri, che rappresentano le misure della colpa ([17]).
Sinteticamente, deve essere stabilita in primo luogo l'esistenza di una condotta tenuta in estrema contraddizione a quella indicata dalla norma di cautela (misura oggettiva) ed in secondo luogo il mancato esercizio del necessario, anche se minimo, livello di controllo richiesto dalla norma sui decorsi causali esterni (misura soggettiva).
Va osservata al riguardo la tendenza di irrigidire le procedure di cautela e di garanzia attraverso l'adozione, del tutto volontaria o legislativamente auspicata, di codici etici[18].
La gravità va determinata cioè sulla base della univoca concorrenza, nel grado richiesto, della misura oggettiva e della misura soggettiva della colpa.
La misura oggettiva, rappresentando il riflesso interno, « soggettivo », del rapporto di causalità e dell'antigiuridicità, consiste quindi nel divario tra il comportamento tenuto e quello cui ci si doveva attenere alla stregua della regola di condotta violata.
Tanto maggiore è il suddetto divario, tanto più la colpa diviene « oggettivamente » grave in una considerazione « soggettiva ». Ma, oltre a tale aspetto « quantitativo », acquista rilievo ancor più la considerazione « qualitativa », relativa al tipo di regola violata, nettamente distinguendosi regole rigide e regole elastiche[19]. Le prime, dettate dalla obiettiva e specifica pericolosità o delicatezza della situazione disciplinata, non lasciano spazio a scelte nella loro osservanza (si pensi ai regolamenti e protocolli sulla circolazione ferroviaria, sui procedimenti, ecc.). Le regole elastiche sono quelle che ammettono una varietà di applicazioni, rispetto alle quali la colpa grave si concreta in un comportamento difforme da quello che, in via « regolare », viene tenuto nella situazione concreta da un soggetto che si trovi nella stessa situazione soggettiva ed oggettiva.

3. *La misura soggettiva. Il modello di riferimento.*

[17] Fiore C. e F., *Diritto penale: Parte generale*, vol. I, UTET, Torino, 2004, 2ª ediz., pag. 262. Nello stesso senso Fiandaca G.- Musco E., *Diritto penale*, pag. 254.

[18] Pedrazzi C., *Codici etici e leggi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 1049; De Maglie C., *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, pp. 280 ss.; Stella F., *Il mercato senza etica. Introduzione* a C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, cit., p. XI s.; Marinucci G., *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione*, in P. Grossi (a cura di), *Giuristi e legislatori*, Milano, 1997, p. 467; Melchionda A., *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese e la responsabilità "da reato" degli enti. Il ruolo dei c.d. "codici etici"*, in Scarponi S. (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007, pp. 215 ss.; G. Forti, *Percorsi di legalità in campo economico*, quaderno n. 15 ASSBB, 6 novembre 2006, p. 38; Pontani M.-Zanchetti M., *Prevenzione dei reati organizzativi e discipline premiali*, in Sacconi L. (a cura di), *Guida critica alla responsabilita` sociale e al governo dell'impresa*, Roma, 2005, pp. 478 ss.; McCusker R., *Codes of Ethics as Corporate Camouflage: An Expression of Desire, Intent or Deceit?*, in *Journal of Financial Crime*, 7, 1999, pp. 140 ss.

[19] Garri F., *I vari aspetti della responsabilità derivante dall'esercizio della funzione dirigenziale nella pubblica amministrazione*, in atti del XLIV convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna.

ISSN 2036-7821

La misura soggettiva, in senso stretto, si riferisce invece a fattori individuali — quali intelligenza, cultura, stati emotivi, esperienze di vita, ruolo professionale, impegno politico, autocontrollo, ecc. —, che condizionano la capacità dell'autore di uniformarsi agli standard di diligenza richiesti, naturalmente correlati al mancato esercizio del richiesto controllo sulle circostanze concrete in cui si è svolta la vicenda dannosa.

In essa rileva senza alcun dubbio la consapevolezza di violare una regola di condotta, talché la c.d. colpa cosciente è da qualificare certamente, in sé, grave, non distinguendosi chiaramente dal dolo c.d. eventuale. Ma, anche nei casi di c.d. colpa incosciente, assume rilevanza la causa soggettiva dell'errore o dell'ignoranza colposa, come la maggiore abilità e/o esperienza, nonché le condizioni soggettive che possono aver dato causa o concorso a dare causa alla violazione della diligenza (es. distrazione o fretta per motivi futili); esse vanno poste in relazione alle condizioni oggettive compresenti (es. preoccupanti agitazioni sindacali o motivi di ordine pubblico, ecc.), valutandosi anche le capacità della loro rappresentazione, percezione e resistenza da parte dell'autore. In altre parole, nella colpa incosciente, la gravità si fonda sull'assoluta inescusabilità dell'errore o dell'ignoranza valutata nel concorso tra misure oggettiva (nei suoi aspetti quantitativo e qualitativo) e soggettiva (nel rapporto tra condizioni personali e situazione oggettiva). A tal proposito la legislazione di settore, in particolare a livello locale, è intervenuta di recente, ancorché non ben recepita dalla giurisprudenza, ponendo su due piani diversi le posizioni dei burocrati e degli amministratori ed escludendo la responsabilità di questi ultimi, laddove essi abbiano « in buona fede » approvato delibere proposte dai competenti uffici interni. Il richiamo alla « buona fede » è nella specie improprio, trattandosi questa di uno degli aspetti (scusabilità dell'errore, in quanto indotto dai soggetti preposti alle valutazioni tecniche ed amministrative), cui commisurare la gravità della colpa degli amministratori.

Comunque anche sotto il profilo strettamente psicologico occorre distinguere tra regole rigide ed elastiche, su cui ci si è soffermati ampiamente a proposito della misura oggettiva.

Le prime si presuppongono conosciute, sia dagli esponenti professionali dell'apparato amministrativo in ragione della loro capacità specifica e delle mansioni affidate, sia dagli esponenti di estrazione politica, in conseguenza dell'assunzione spontanea della titolarità della funzione amministrativa nell'ambito di un rapporto fiduciario con la comunità che « rappresentano », salvo la citata esimente della c.d. buona fede per gli enti locali. Per le seconde invece si rende necessaria la valutazione del diverso livello di conoscenze ed in generale di capacità dell'autore o meglio di un soggetto che possegga le stesse capacità e si trovi nella medesima situazione, cioè di un « *homo eiusdem condicionis ac professionis*».

ISSN 2036-7821

A ben vedere, anche nella colpa gestoria — particolarmente in relazione alle regole elastiche — si opera quindi la ricostruzione di un modello, ma esso, riferito agli aspetti soggettivi ed oggettivi effettivamente esistenti nella fattispecie concreta, presenta una limitata astrattezza.
L'analogia con la colpa professionale del diritto civile inoltre è solo apparente, in quanto ci si muove in una prospettiva diversa.
Nella colpa professionale, infatti, l'attenuazione della responsabilità — tutta centrata sull'aspetto della perizia — è giustificata dalle particolari difficoltà tecniche del caso concreto e dalla complessità ed imperfezione delle conoscenze professionali, mentre nella colpa gestoria — in cui assume rilievo determinante la considerazione per le esigenze di organizzazione e di funzionalità dei poteri pubblici sotto noti profili dell'economicità, dell'efficienza e dell'efficacia — rilevano tutti gli aspetti caratteristici della colpa generica, ossia la diligenza, la prudenza e la perizia.

4. *Anatomia della colpa.*
Una prima fondamentale distinzione nella nozione in discorso è tra colpa generica e colpa specifica, che però mantengono una sostanziale unità ontologica.
La colpa generica consiste nell'inosservanza di regole sociali di diligenza, prudenza e perizia tratte dalla comune esperienza, suggerite di volta in volta dalla concreta fattispecie e non contemplate in un testo normativo.
La prudenza e la diligenza consistono in quel complesso di cure e cautele che ogni soggetto deve normalmente utilizzare nei rapporti della vita con riguardo alle concrete circostanze della situazione in cui si esplica l'attività. In particolare, mentre la diligenza è conformità ad una regola di condotta che prescrive un'attività positiva, la prudenza ad una regola che prescrive di non realizzare una determinata azione o di compierla con modalità particolari.
L'imperizia, a sua volta, si risolve nella violazione di particolare regole afferenti a determinate arti o professioni ovvero in alternativa nel difetto di quelle abilità che sono richieste nell'esercizio di una specifica funzione o attività; talché si pone come una diligenza o prudenza qualificata[20].
La colpa specifica consiste nella violazione di norme contenute in atti sia di carattere generale, quali le leggi, i regolamenti interni ed esterni e discipline prescritte dall'autorità, che di carattere individuale, quali ordini specifici provenienti da una pubblica autorità. Indubbiamente non ogni violazione di norme può dare luogo a responsabilità a titolo di colpa, ma esclusivamente quella di norme stabilite per prevenire direttamente o indirettamente eventi dannosi.
Si tratta pur sempre di regole di condotta che recepiscono per iscritto ed conseguentemente impongono regole di comune esperienza formatesi con il tempo

[20] C. conti sez. Friuli V.G. 9 gennaio 2003 n. 1, in *Riv. C. conti*, 2003, 1, 185.

ISSN 2036-7821

nei diversi settori operativi. Va osservato che esse non esauriscono ogni cautela, in quanto se sia comunque necessaria l'adozione di ulteriori cautele volte ad evitare l'evento dannoso, esse vanno adottate in aggiunta alle norme scritte.
Il contenuto dei due tipi di colpa è sempre lo stesso, consistendo comunque in negligenza, imprudenza ed imperizia nelle forme cristallizzate dall'ordinamento giuridico.
Tale differenziazione però rileva a livello processuale in relazione alla relativa prova; infatti l'accertamento della colpa generica deve essere condotto secondo i criteri della prevedibilità e della prevenibilità o evitabilità.
È possibile configurare un'imprudenza o negligenza generica solo allorquando era prevedibile che da quell'azione od omissione sarebbe derivato l'evento dannoso, in quanto se ciò non ricorresse nessun rimprovero può muoversi all'autore. Per una valutazione della prevedibilità occorre comunque tenere conto oltre che delle cognizioni proprie dell'uomo medio, anche di quelle effettive dell'autore. Occorre anche che la prevenibilità o evitabilità dell'evento medesimo, in quanto le conseguenze del suo comportamento che il soggetto non è in grado di impedire non gli possono essere riferite, rappresentando nei suoi confronti una mera fatalità. In tal senso il caso fortuito, inteso come accadimento imprevedibile, rappresenta il limite negativo della colpa. Prevedibilità ed evitabilità devono essere valutate in concreto, ossia determinate non tanto con il parametro dell'uomo espertissimo o dell'uomo medio, bensì con il parametro relativistico dell'uomo giudizioso *eiusdem professionis ac condicionis*.
Per quanto invece riguarda la colpa specifica per la configurazione di una responsabilità basta l'accertamento della violazione della disposizione, semprecché però si sia verificato uno di quegli eventi alla cui prevenzione si rivolgeva la norma violata.
Qui il criterio della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso soccorre solo nell'ipotesi in cui il giudizio prognostico sul pericolo e sui mezzi per evitare l'evento dannoso sia compiuto dalla stessa autorità che pone la norma scritta.

5. *La divisione del lavoro e l'affidamento quali limiti al dovere di diligenza. L'esimente politica.*

Costituiscono dei limiti al dovere di diligenza i principi della divisione del lavoro e dell'affidamento.
Nelle condotte in cui concorre una pluralità di soggetti, il principio della divisione del lavoro e/o delle competenze comporta che ciascuno risponda esclusivamente del corretto adempimento dei doveri di diligenza, prudenza e perizia inerenti ai compiti affidatigli. Naturalmente ciò non esclude che determinati partecipanti rivestano un ruolo di supremazia con connesse mansioni di controllo e di sorveglianza

ISSN 2036-7821

dell'operato degli altri, che impongono un particolare sforzo di diligenza anche per la parte di attività rimessa operativamente ai collaboratori ed ai sottoposti.
Alla stessa conclusione si giunge, ove sussistano in concreto ragioni obiettive o soggettive che fanno dubitare del fatto che uno o più degli altri partecipanti tengano un comportamento diligente ([21]). Il principio di affidamento comporta che chi agisce nel rispetto dei doveri di diligenza oggettiva è legittimato a fare affidamento su di un comportamento altrettanto diligente dei terzi la cui condotta interferisce con la sua, salvo che tale aspettativa sia esclusa da determinate circostanze o dalla consapevolezza della mancanza di collaborazione.
Così avviene per il responsabile di un'organizzazione e per gli amministratori che abbiano in buona fede basato le loro scelte su indicazioni provenienti da uffici tecnici ed amministrativi strumentali (art. 1-*ter* L. n. 20/94 nov. L. n. 639/96).
La responsabilità degli organi politici è esclusa allorché, questi "in buona fede", abbiano approvato ovvero abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione di atti che si siano a posteriori dimostrati lesivi degli interessi patrimoniali dell'ente (art. 1 co. 1-*ter* L. n. 20/1994) ([22]). Tale disposizione, ancorché formalmente introdotta con L. 20 dicembre 1996 n. 639, costituisce espressione del principio dell'affidamento, a carattere generale, tanto che è ritenuto applicabile anche per fatti precedentemente verificati ([23]).

---

[21] Belfiore E.R.,*Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in èquipe*, in *Foro Italiano*, 1983, II, 167.

[22] Sul punto v. Schulmers R. *Principio di affidamento…*, cit.: Si dice, a tale proposito (e non senza qualche ambiguità), che operi la c.d. esimente politica, anche se, a dire il vero, tale norma si pone quale logico corollario del principio di separazione tra i compiti di direzione politica, spettanti agli organi politici di governo, e quelli di gestione amministrativa, attribuiti, con autonomia decisionale e di spesa, all'apparato dirigenziale ed amministrativo dell'ente. In altri termini, se, e nei limiti in cui, l'organo politico si limita a dettare le direttive ed a fissare gli obiettivi dell'azione dell'ente, lasciando poi che ad operare concretamente sia l'apparato dirigenziale ed amministrativo, appare conseguentemente logico che la responsabilità ricada solo su chi eserciti effettivamente il potere gestorio; inteso, quest'ultimo, come potere di operare scelte e gestire risorse al fine di perseguire i citati obiettivi. Agli organi politici di governo (es. assessori) rimane il potere-dovere di direttiva e vigilanza e controllo sul corretto funzionamento delle ripartizioni ed uffici che ad essi fanno riferimento. Sul rapporto di consequenzialità logica tra la c.d. esimente politica ed il principio di separazione tra compiti e responsabilità di direzione politica e compiti e responsabilità di direzione delle amministrazioni, cfr. Tenore V., *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, a cura di Tenore V., Milano, 2008; Rebecchi P.L., *Il principio di separazione fra politica e amministrazione nella prospettiva della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. C. conti*, 2002, f. 6, 400.

[23] C.conti sez.I centr. 13 gennaio 2023 n. 9, est.Grasso, in Riv.C.conti n.1/2023. Allo stesso modo C. conti sez. Molise 19 gennaio 2000 n. 2, in *Riv. C. conti*, 2000, 2, 140. Anche C. conti sez. Sicilia 8 luglio 2005 n. 1712, su http://bddweb.corteconti.it/bdddaccessibile/, che, in particolare, afferma "*Orbene, se di buona fede (che afferisce al momento cognitivo del dato in corso di elaborazione) non può parlarsi ai fini della predetta esimente, appare indubbio che la complessità tecnico-giuridica della materia trattata (come nel caso di specie), di legittimo affidamento (che afferisce al momento volitivo) può però argomentarsi al fine di escludere il dolo o la sola gravità dell'elemento colposo. Non pare revocabile in dubbio, infatti, che un organo politico come il consiglio comunale, nel quale sono presenti in varia misura e rappresentanza soggetti della società civile non sempre adeguamenti attrezzati sul piano amministrativo, laddove nello svolgimento della propria funzione politico-amministrativa faccia affidamento, per decisioni di una qualche complessità*

ISSN 2036-7821

Ne consegue che si evidenziano anche relativamente a tale esimente gli anzidetti limiti interno ed esterno. Quanto al primo va esclusa l'applicabilità della esimente in parola qualora la decisione che si assume essere fonte d'ingiusto danno non sia stata assunta in materie di particolare difficoltà tecnica o giuridica, dovendosi in tal caso ritenere che "*l'evidenza dell'erroneità dell'atto sia tale da escludere la stessa buona fede dei titolari dell'organo politico*" [24]; quanto poi al limite esterno, la giurisprudenza tende ad escludere l'applicabilità dell'esimente, qualora la scelta dannosa rientri nell'ambito di "*competenza propria*" dell'organo politico, benché l'attività istruttoria sia stata curata dagli organi tecnici o amministrativi[25].

Però, al di là dei ristretti confini letterali dell'art. 1 *ter* della legge n. 20, sembrerebbe logico attribuire il giusto rilievo ai fini de quibus all'affidamento che, in generale, e non solamente riguardo agli atti di competenza degli uffici burocratici, i titolari degli organi politici fanno sulla competenza tecnica di questi ultimi; infatti, molto spesso, anche atti che rientrano nelle funzioni proprie degli organi politici rappresentativi, presuppongono, a monte, scelte tecniche particolarmente complesse, che non possono essere loro imputate[26].

---

tecnica (come quella qui in esame) ai pareri espressi dai funzionari rappresentanti della struttura burocratica dell'ente, ciò faccia a pieno titolo ed in assoluta coerenza con l'"id quod plerumque accidit", secondo cui ciascun soggetto diritto dell'ordinamento quando deve assumere delle decisioni che comportino valutazioni complesse di natura tecnica od amministrativa, fa ricorso e si affida alla professionalità di un esperto".

[24] C. conti sez. Sicilia 8 luglio 2005 n. 1712, cit. Nello stesso senso, cfr., *ex multis*, sez. Basilicata 7 settembre 2007 n. 143; sez. II/A 11 luglio 2006 n. 255; sez. Lazio 12 ottobre 2005 n. 2087.

[25] C.conti sez.II centr. del 27 maggio 2011 n. 245, est.Arrigucci e sez. Sicilia 8 luglio 2005 n. 1712, cit., dove si afferma: "*….la predetta esimente non può trovare applicazione nei casi in cui la competenza a provvedere spetti allo stesso organo politico e non già ad altri uffici tecnici o amministrativi dell'ente (Corte dei conti, Sez. III, 10 dicembre 1998, n. 321/A)".* Nello stesso senso, inoltre, sez. II 9 febbraio 2007 n. 10; sez. II/A 3 novembre 2003 n. 303, secondo cui "*La cosiddetta "scriminante politica" …... non è applicabile nei casi in cui l'Organo politico abbia esercitato un'attribuzione propria, nella quale i suddetti Uffici abbiano espletato funzioni istruttorie ovvero consultive e comunque di mero supporto strumentale*"); ovvero nel caso in cui essa non sia stata assunta da un organo c.d. politico, ma da un organo meramente amministrativo; C.conti sez.II centr. del 27 maggio 2011 n. 245, secondo cui "*L'esimente politica non può essere invocata nel caso, abitualmente ricorrente, di attività decisionale assunta con deliberazioni di organi essenzialmente amministrativi (di cui facciano parte gli stessi politici) esercitanti attribuzioni di amministrazione attiva loro proprie ed in relazione alle quali l'apparato burocratico abbia assunto un mero ruolo strumentale*" ; C. conti sez. II/A 1° marzo 2006 n. 108, laddove si afferma che "*Non è …. ammissibile l'eccezione della esimente politica….. la quale riguarda unicamente i titolari degli organi politici, cioè di organi elettivamente nominati e non i vertici di enti amministrativi. Come tale, non può essere invocata né per il presidente del comitato né, ancora di più, per il segretario generale*"; C. conti sez. I 11 luglio 2007 n. 195/A, est. Morgante "*La determinazione del trattamento stipendiale rientra nelle ordinarie attribuzioni amministrative del consiglio di amministrazione; per tali motivi nella valutazione di tale attività, ai fini accertativi della responsabilità contabile, non può in alcun modo essere invocata l'esimente prevista dall'art. 1*-ter *della L. n. 20/1994 per l'attività di natura politica*". Cfr. altresì Sez. Lazio, sent. n. 2087 del 12 ottobre 2005, che esclude l'applicabilità dell'esimente in parola a favore dei membri del Collegio commissariale di un Consorzio, in quanto organo di gestione dell'ente) o che non sia politico in senso tecnico, non rappresentativo cioé su base elettiva di interessi generali (C.conti sez.II centr. 18 novembre 2010 n.472/A, est. Imperiali) ovvero quando l'illiceità dell'atto sia tanto evidente da escludere qualsiasi buona fede (C.conti sez.II centr. del 27 maggio 2011 n. 245, est.Arrigucci).

[26] Ciaramella A., *cit.*

ISSN 2036-7821

6. *Esclusione della colpa e della sua gravità*

La gravità della colpa è espressamente esclusa, allorché si sia data esecuzione ad un atto esaminato positivamente dalla stessa Corte dei conti "in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi" (art.69 co.2° CGC modif. da D.Lgs n.114/ 2019). E' inoltre "esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo" (con interpretazione estensiva ex L.14 gennaio 1994, n. 20 art.1 co. 1, secondo periodo, agg. da art. 1 co. 1 lett. c del D.L. n. 103/2009 conv. da L.n. 141/2009).

L'esimente trova applicazione allorquando il comportamento dell'autore sia giustificato da un'interpretazione data alla normativa dalla stessa Corte dei conti in sede di controllo, logicamente estensibile a altro organo con analoghe funzioni. In tal modo si crea un collegamento tra funzione di giurisdizione contabile e di controllo, che però é limitato all'esclusione dell'elemento soggettivo necessario a determinare la responsabilità gestoria, senza toccare l'antigiuridicità del comportamento che rimane integra. Ne consegue che non si tratta di un'esimente vera e propria, ma di una tipizzazione di una causa di esclusione della gravità della colpa. Questa è "relativa" nel senso che, a fronte di una costante giurisprudenza delle sezioni giurisdizionali che abbia sanzionato come illegittima un'azione amministrativa pur coerente con una pronuncia di controllo (ancorché non si giunga ad una condanna per difetto della gravità della colpa), viene a cadere il privilegio, che non può essere opposto ulteriormente.

In tali casi il P.M. è tenuto ad archiviare preliminarmente il fascicolo istruttorio "ove valuti che l'azione amministrativa si sia conformata" a quanto deciso e/o indicato dalla Corte dei conti in sede consultiva o di controllo (art.69 co.2° CGC modif. da D.Lgs n.114/2019).

La medesima conseguenza scriminante, salvo dolo, si determina nel caso di osservanza, da parte dei soggetti agenti, delle determinazioni del collegio consultivo tecnico previsto per la realizzazione di opere pubbliche (art.6 co.3° DL n.76/2020).

In quest'ottica, una pari efficacia esimente dovrebbero avere i pareri anche tecnici provenienti da organi, anche interni all'amministrazione interessata, ovvero da enti qualificati[27].

La colpevolezza, sia nella forma del dolo che della colpa, è esclusa da quelle situazioni che eliminano il nesso psichico, nel senso che nessun rimprovero può muoversi all'autore di una condotta dannosa. Ciò avviene nelle seguenti ipotesi: *a*)

[27] Ciaramella A., *cit.*.

ISSN 2036-7821

incoscienza indipendente dalla volontà, provocata da delirio, deliquio, paralisi, ipnosi, sonnambulismo et similia, che comportano il compimento di azioni od omissioni prescindenti da ogni possibilità di dominio; ad esempio un conducente automobilistico che, colpito da una di tali situazioni patologiche, non compie la manovra necessaria, provocando un incidente stradale. *b*) forza maggiore, consistente in una forza esterna della natura o di altro soggetto, non dominabile né evitabile dall'uomo, che provoca il compimento di un'azione o di una omissione involontaria, come ad esempio un improvviso movimento tellurico o un violento colpo di vento. *c*) errore (nella volizione) non gravemente colposo sul fatto costitutivo dell'illecito contabile. L'errore, cui è da parificare l'ignoranza, deve avere ad oggetto uno degli elementi richiesti per la configurazione di una responsabilità patrimoniale del genere. L'errore sul fatto può derivare altresì da un errore o ignoranza di una disposizione di legge che configuri un elemento costitutivo dell'illecito contabile. Non è comunque rilevante l'errore sul rapporto di causalità, così come in sé l'errore di diritto.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sullo stato dell'arte della tutela della proprietà intellettuale in *internet* (e gli interessi oggetto di protezione) a seguito del recepimento della Direttiva *copyright*

di Giuseppe Doria

(Professore Aggregato di Diritto della proprietà intellettuale presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Dall'invenzione della stampa al consolidamento della struttura della protezione autoriale fondata sulla tripartizione di interessi fra autore, editore e terzi consumatori. L'impatto della tecnologia sul fronte dei mezzi di comunicazione e la tentazione di una libertà assoluta del *web*. - 2. Dagli strumenti di autoprotezione (*Digital Rights Management*) alle nuove tecnologie *Non Fungible Token*. *Segue*: L'implementazione dell'*enforcement* amministrativo. - 3. Profili generali di responsabilità dell'*internet service provider* ed orientamenti giurisprudenziali: applicabilità delle condizioni di esenzione, svolgimento di un ruolo attivo ed estensione alle piattaforme di condivisione di contenuti *online*. - 4. L'approvazione della direttiva del 17 aprile 2019 n. 790 (cd. direttiva *copyright*). Qualche osservazione sulle dibattute disposizioni dell'art. 15 (in tema di pubblicazioni giornalistiche) e dell'art. 17 (in tema di responsabilità dei "prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*"), come recepiti dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 177. – 4.1. L'art. 15 e l'abuso delle informazioni giornalistiche. I diritti riconosciuti all'editore ed agli autori, eccezioni e limiti della tutela: in particolare, la problematicità della identificazione del contenuto della eccezione riferita agli "estratti molto brevi", e la soluzione adottata dal legislatore nazionale. La determinazione dell'equo compenso: tutela amministrativa e giurisdizione ordinaria – 4.2. L'art. 17 ed il nuovo regime di responsabilità del "prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*": condizioni di esonero e criteri di diligenza. Il rischio di blocchi preventivi e la ricerca di un equilibrio fra principio di libertà di espressione e protezione della proprietà intellettuale: salvezza dei regimi di eccezione al diritto d'autore, sottoposizione a "verifica umana", meccanismi di reclamo e ricorso amministrativo - 5. *Conclusioni*: interesse dell'impresa e sviluppo tecnologico, espansione in chiave protezionistica dei confini di protezione della tutela autoriale e soluzioni di compromesso (con qualche necessaria cautela).

Abstract

The advent of internet has led to the revival of abolizionist positions in the name of an absolute freedom of web. The significance of the impact of this new technology (on the media front) is comparable to the invention of printing. Thus it appears necessary to question the survival capacity of the protection structure of the authorial discipline which is based on the presence of a tripartite division of interests (author, publisher, consumers). After an analysis of the techniques that have developed (digital rights management, administrative enforcement, liability regime of the internet service provider), the investigation focuses on the most discussed provisions of copyright directive n. 790/2019 and transposition implemented by d.lgs. 8 november 2021 n. 177. A tendency emerges aimed at a reinforcement (albeit with some compromise solution) of the authorial discipline and based on the primary need to protect enterprise interests (and so, rightholders), on which, however, it seems premature to believe that there is a consolidate state.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Dall'invenzione della stampa al consolidamento della struttura della protezione autoriale fondata sulla tripartizione di interessi fra autore, editore e terzi consumatori. L'impatto della tecnologia sul fronte dei mezzi di comunicazione e la tentazione di una libertà assoluta del web.*

La Direttiva UE n. 2019/790 del 17 aprile 2019 *sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale*, ha suscitato fin dalle prime fasi del procedimento di approvazione un nuovo ampio dibattito nella società civile sul ruolo e sul valore da attribuire ad *internet* come mezzo di comunicazione nello sfruttamento dei diritti d'autore[1].

I termini di questo dibattito, culturale prima ancora che giuridico, sono i seguenti: se l'avvento di *internet* determini una modificazione strutturale della funzione di protezione della proprietà intellettuale che dunque debba retrocedere di fronte all'espansione di un principio di libertà di informazione del *web* privo di limiti, ovvero se proprio per i rischi congeniti alla velocità ed alla globalità di questo nuovo mezzo di comunicazione sia invece necessario rafforzare in modo più intenso ed efficace la tutela.

Si tratta di posizioni che difficilmente sembrano ammettere una conciliazione fra di loro, e che in realtà già sono pervenute in collisione in precedenti occasioni: la tesi della libertà del *web* presenta dei tratti per certi versi anarchici[2], proprio perchè si fonda sull'affermazione di un sorta di libertà assoluta del *web* (nel senso più puro del termine *absolutum*, e cioè sganciato da qualsivoglia legame) che tende a contrapporsi alla conservazione di qualsiasi vincolo normativo di protezione individualista della proprietà intellettuale e che si vuole giustificare in ragione dell'attrazione del prodotto culturale ad una sfera collettiva di ordine sovraordinato[3].

---

[1] In generale, vedi A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete, in Dir.inf. 2015, 211 ss.; ID., Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete, in Giur.comm. 2013, p. 537 ss..

[2] Sulla sovranità del web, vedi A. GATTI, Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet, in Dir.inf. 2019, p. 711.

[3] Evidenzia M. LIBERTINI, Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale, in AIDA 2014, p. 299, come l'idea "mai radicalmente sopita" che il prodotto culturale sia un bene comune si riscontra fin dai tempi più antichi, e si ripresenta in questa fase di sviluppo di internet ove l'innovazione venga ad essere concepita come "frutto di un processo collettivo" così potendosi giustificare il superamento della "prospettiva ottocentesca dei beni immateriali". Tutto ciò –secondo l'autore- se non può giustificare le tesi abolizioniste, deve indurre specialmente nei "fenomeni di overprotection" a valutare attentamente "la percezione di squilibri e incoerenze nella disciplina complessiva dei DPI".

Il discorso si collega al valore della conoscenza per la società (knowledge society) e di sviluppo dell'economica (knowledge economy), rispetto ai quali internet può ritenersi strumentale, cfr. A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete, cit., p. 211 ss.

ISSN 2036-7821

Storicamente, una contestazione così forte dell'ossatura del diritto autoriale risale a Proudhon che si scagliava contro i cd. "maggioraschi letterari"[4] in funzione di contrapposizione socio-economica a quella che appariva una forma nuova di consolidamento della proprietà (sia pure immateriale) e così di esplicazione degli interessi dell'ascesa della borghesia.

La nuova tesi negazionista tuttavia non affonda le proprie radici in ragioni di contrapposizione sociale, ma pur presentando un connotato comunque ideologico (a carattere liberista-anarchico) è in realtà mossa dall'effetto dirompente dell'avvento di questo nuovo mezzo di comunicazione che si è espanso, prima ancora della predisposizione di un adeguato impianto normativo. Il che ha indotto alla tentazione di ritenere, che questo spazio virtuale globale fosse in qualche modo sottratto alle ordinarie regole di diritto tanto da sfuggire al potere statuale[5].

Nel diritto della proprietà intellettuale, *internet* ha determinato senza dubbio uno sconvolgimento negli strumenti di diffusione dell'opera dell'ingegno: ed in effetti il processo di passaggio dal *cartaceo* al *telematico*[6] sembra procedere in modo lento e graduale, ma avanza.

---

[4] P.J. PROUDHON, Les mayorats littéraires, Bruxelles, 1862. Al di là della impostazione politica a sfondo anarchico dell'intellettuale francese (famosa la frase "la proprietà è un furto"), la critica al concetto proprietario dell'opera dell'ingegno trovava seguito anche nella dottrina italiana di settore, e vedi infatti G. TODDE, Sulla pretesa proprietà letteraria e rivista del libro di P. J. Proudhon sui maggioraschi letterari, Cagliari, 1863: "Proprietà Letteraria, due nomi che urtano a trovarsi insieme … per cui preferiamo meglio appellarla tosto col suo vero nome di Privilegio Librario. Comparsa umile ed ancella di una concessione sovrana, coperta del favore reale, si ingrandì col tempo e coi volumi; discusse molto, fa rumore moltissimo, ed eccola oramai, codesta pretesa vera proprietà con aria d'impero, a nome della giustizia, voler prendere posto nei codici, farsi iscrivere nei catasti e nei registri, offrire le sue imposte, pretendere né più né meno uguale trattamento che le di lei dette sorelle, la proprietà fondiaria, e mobiliare" (p. 7).

[5] A. GATTI, Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet, cit., p. 711.

[6] Sullo sviluppo dell'e-book, e sulla possibilità di una "autoedizione" con sostanziale sostituzione di ruolo dei service provider agli editori, G. SPEDICATO, Proprietà intellettuale e distribuzione di libri su piattaforme digitali, in Dir.inf. 2017, p. 641.

Il rapporto di selfpublishing (fra autore e prestatore del relativo servizio) non è di certo inquadrabile nell'ambito del contratto di edizione, di cui non partecipa né in termini di trasferimento dei diritti di sfruttamento economico (che restano in capo all'autore) né del principale dovere dell'editore che risiede nella promozione e distribuzione del libro per il tramite della organizzazione e della rete di vendita dell'impresa editoriale. Si ritiene più propriamente trattarsi di un contratto atipico, che presenta analogie con quello cd. di stampa ma che se ne differenzia perché a fronte del corrispettivo non avviene la consegna di copie cartacee ma per l'appunto la trasposizione dell'opera su supporto digitale e normalmente anche l'inserimento dell'ebook all'interno di un sito che funge da vetrina di esposizione; per questi aspetti, sembra inquadrabile lato sensu in un appalto di servizi.

Discorso diverso invece, è se si sia in presenza di un contratto di edizione di ebook: qui si ritiene applicabile la disciplina del contratto di edizione, sia pure con i necessari adattamenti (con riferimento ovviamente alla sostituzione del supporto digitale con quello cartaceo, e dal relativo adattamento della disposizione di cui all'art. 122 V co. l.a. che con riferimento al contratto a termine, richiede la previsione a pena di nullità di un numero minimo di esemplari); su contratto di edizione ed ebook, vedi ancora R. MARSEGLIA, Il contratto di edizione dell'ebook, Bari, 2012, M. FABIANI, Contratto di edizione per le stampe ed ebook, in Riv.dir.aut. 2010, p. 346 ss.

ISSN 2036-7821

Si può dire in termini storico-comparativi, che questo nuovo mezzo di comunicazione appare dotato della stessa forza d'urto che all'inizio dell'età moderna assunse l'invenzione della stampa: all'epoca e fin dall'antichità, la trasmissione dell'opera dell'ingegno avveniva con la consegna del manoscritto, non v'era cioè la consapevolezza dell'opera come bene giuridico immateriale (*corpus mysticum*), distinta dal bene mobile in cui fosse rappresentata (*corpus mechanicum*)[7].

Fu la carta stampata che consentì una diffusione più veloce dell'opera dell'ingegno tramite la moltiplicazione in copie che poteva avvenire in forma industriale, senza così più bisogno di dover ricorrere alle difficoltà di una copiatura amanuense. Questa avanzata velocità di diffusione dell'opera pose inevitabilmente di fronte ad una riflessione giuridica che nel lungo periodo pervenne poi (alla fine del settecento, sostenuta dalla centralità della ragione) alla formazione del concetto dell'opera dell'ingegno come bene giuridico immateriale fonte di attribuzione dei diritti d'autore.

Dunque, la struttura tradizionale della disciplina autoriale -come oggi intesa- ha trovato una sicura spinta propulsiva nella invenzione della stampa fondandosi da quel momento in poi sulla compresenza di un triplice ordine di interessi: dell'autore, dello stampatore-editore, e dei terzi consumatori sul mercato.

Rispetto a questa struttura (cementata dal decorso secolare) *internet* ha determinato un'aggiunta ineludibile e reale, che consiste nella impareggiabile potenza della trasmissione dell'opera dell'ingegno in forma digitale, secondo forme e velocità che non trovano precedenti; beneficiando di una vetrina espositiva priva di confini a livello globale, cui in effetti ciascuno può accedervi individualmente ed in qualsiasi momento (ex art. 16 l.a.: diritto di comunicazione a pubblico distante).

Qui si avverte in tutta la sua forza l'impatto dirompente della *tecnologia*, che il diritto (specialmente nel settore della proprietà intellettuale) è costretto a rincorrere.

---

[7] Per l'analisi dello sviluppo storico del diritto della proprietà intellettuale, vedi T. ASCARELLI, Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, Milano, 1956, p. 448 ss.: nell'antichità non esisteva una distinzione fra corpus mysticum e corpus mechanicum, per cui i diritti si intendevano ceduti con la consegna della res, essenzialmente il manoscritto. E' solo con l'invenzione della stampa che le cose iniziano a cambiare, grazie alla capacità della moltiplicazione industriale dell'opera in copie. Questo percorso, di lunga durata, inizia con l'attribuzione di un privilegium di fonte sovrana alla stampa, per poi arrivare allo statuto inglese sul copyright del 1709, che vede il riconoscimento all'autore di una esclusiva con termine di durata di venti anni.

Ma il vero cambio di impostazione avviene nel Settecento e quindi nell'età dei lumi allorquando la ragione viene posta al centro dell'universo, e così si giustifica una rilevanza giuridica alla protezione dell'opera dell'ingegno come bene giuridico immateriale: con ciò aderendo a numerose istanze culturali, promosse anche da intellettuali di spessore quali Diderot e Voltaire. Ed è in Francia che con il decreto francese del 19 luglio 1793, viene emanata la legge sulla proprietà intellettuale, che poi sarà destinata ad essere diffusa lungo gli Stati dell'Italia pre-unitaria e conservata anche dopo la fine della dominazione francese: cfr. J.M. PARDESSUS, Corso di diritto commerciale, Napoli, 1832, dalla cui analisi risalta la sostanziale continuità nei principi portanti del diritto della proprietà intellettuale, con la ripartizione negli attuali due rami della disciplina di cui uno dedicato alle "invenzioni" e l'altro alla tutela delle "produzioni letterarie".

ISSN 2036-7821

La tecnologia sembra aver innescato un processo di deformazione del concetto di creatività e modifica radicalmente le tecniche di comunicazione, dell'opera dell'ingegno: *a*) sul primo profilo, è agevole constatare come si sia in presenza di un processo di continuo adeguamento del *concetto di creatività* (presupposto di protezione della disciplina autoriale) di pari passo all'ampliamento (che avviene, anche in via atipica e giurisprudenziale, nonchè in attuazione di direttive comunitarie) delle tipologie di opere dell'ingegno e così del novero elencato dall'art. 2 l.a., il che risponde alla prevalenza oramai assunta dalla funzione cd. produttivistica della tutela autoriale e risalta specialmente in presenza di un'opera contraddistinta da una rilevante influenza della componente tecnologica; tendenza che rischia perfino di pervenire ad un massimo punto di rottura con l'ammissibilità di un'opera di *Artificial Intelligence* ove si realizza una vera e propria sostituzione (in termini soggettivi) per l' autonomia del processo di formazione[8]; e *b*) quanto al

[8] Rispetto al concetto di opera dell'ingegno tradizionale si assiste cioè ad una espansione della tutela spesso dovuta alla creazione di nuove fattispecie contraddistinte da una prevalenza dell'elemento tecnologico: in generale, vedi G. GHIDINI, Profili evolutivi del diritto industriale, Milano, 2015, P. AUTERI, in AA.VV., Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza, Torino, 2020.

Questa deviazione dal concetto tradizione di opera dell'ingegno (che si realizza già con il software, il design industriale, le banche dati, se non con fattispecie a formazione giurisprudenziale di particolare complessità come ad es. il web-design) si deve alla prevalenza di una concezione della tutela autoriale in ragione della esigenza di protezione degli interessi marcatamente economici di volta in volta presi in considerazione: concezione funzionalistica dei diritti di proprietà intellettuale, su cui M. LIBERTINI, Tutela della promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale, cit., p. 299 ss..

In tal modo la tecnologia determina una modifica strutturale dell'elemento della creatività, con adeguamento dei diversi interessi che di volta in volta sono contemplati. Oppure la tecnologia incide sulla stessa capacità di protezione dei diritti d'autore, come si è constatato di fronte alla comunicazione via internet. Dunque la nuova realtà che rappresenta l'asse di modifica degli istituti autoriali, che la scienza giuridica è costretta continuamente a rincorrere -non senza difficoltà- è la tecnologia. L'impatto della evoluzione tecnologica si abbatte complessivamente su tutto l'ambito del diritto della proprietà intellettuale: sia il diritto industriale, che il diritto d'autore.

La tutela di un'opera a creazione artificiale in diritto d'autore è impedita dall'art. 2575 c.c. e dall'art. 6 l.a., entrambe le disposizioni fanno riferimento (ispirandosi alla originaria funzione gius-naturalistica) all'opera dell'ingegno quale particolare espressione del lavoro intellettuale umano: non v'è spazio pertanto, all'attualità, nell'ordinamento autoriale italiano ad una tutela dell'opera di Artificial Intelligence.

Una assenza assoluta di tutela in questo ambito così delicato deve essere però vagliata molto attentamente, tenendo conto dei vantaggi e svantaggi che possano derivare a livello concorrenziale con le altre economie. Non si può non tener conto che le principali potenze mondiali (in primis, la Cina) stiano investendo ingenti risorse nel settore, ed è evidente che le capacità di produzione di un robot intelligente sono in grado di determinare un notevole valore aggiunto di spinta all'espansione di una economia, e rispetto alle altre.

E si è aperto il dibattito a livello internazionale, vedi le linee guida approvate nel 2018 dalla JSAI (Japanese Society for Artificial Intelligence), nonché i principi enucleati dalla Conferenza Internazionale dei Garanti della Privacy e della Protezione dei dati personali tenutasi a Bruxelles li 23 ottobre 2018, la risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante "Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica", § 18 (ove si "invita la Commissione a sostenere un approccio orizzontale e neutrale dal punto di vista tecnologico alla proprietà intellettuale applicabile ai vari settori in cui la robotica potrebbe essere impiegata"); ancora, la "Comunicazione del 25 aprile 2018 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni" ove si evidenzia la necessità di occuparsi con urgenza

ISSN 2036-7821

secondo, la tecnologia ha notevolmente inciso sulla *funzione di comunicazione* dell'opera dell'ingegno, che oramai viaggia *online* con tutte le conseguenze e le problematiche, cui il giurista (ed il legislatore, comunitario e nazionale) è chiamato a dare risposta.

Non vi è dubbio d'altra parte della attitudine del nuovo mezzo a sostituirsi (almeno in parte) alla stampa: una tendenza questa, che può considerarsi allo stato ancora ad uno stadio non avanzato, perché rispetto alla capacità effettiva di diffusione sul mercato la concessione dei diritti di sfruttamento economico ad un editore (o comunque ad un concessionario, od anche licenziatario), resta ancora un anello importante per il successo dell'opera.

---

della regolamentazione sulla intelligenza artificiale; ed infine, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, che per la prima volta (in ambito europeo) prende in considerazione le creazioni (sia di origine autoriale che industriale) derivanti dall'utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale. Più in generale, in tema di controllo dei rischi (distinti in high e non high risk), vedi la proposta di regolamento COM (2021) 206 final del 21 aprile 2021.

L'unico ordinamento europeo che sembra attribuire una qualche forma di tutela è quello britannico, il Copyright, Designs and Patent Act del 1988 s. 9.3: "in the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer generated, the autor shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken". Ed in base alla s. 178 del medesimo Copyright, Designs and Patent Act, per opere computer generated, si intendono quelle in cui "the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work". Negli Stati Uniti, la giurisprudenza americana ha invece negato la tutela a prodotti di Artificial Intelligence, in quanto il carattere intellettuale dell'opera presuppone necessariamente che l'autore sia persona umana.

Si è in presenza di una fattispecie che si distingue nettamente dall'opera ad elevato contenuto tecnologico: qui la tecnologia avanza fino al punto di sostituirsi addirittura sul piano soggettivo all'uomo. Se dunque una tutela autoriale di un'opera artificiale non sembra ammissibile allo stato dei dati normativi dell'ordinamento giuridico, vi è però l'esigenza di proteggere l'economia in un settore così delicato, e così garantire una remunerazione agli investimenti, tramite il riconoscimento di diritti di sfruttamento economico (in forma differenziata rispetto all'opera dell'ingegno).

Sull'argomento, M. FRANZOSI, Copyright: chi è l'autore delle opere generate a computer?, in Dir.aut., 2018, p. 168 ss., S. LAVAGNINI, Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti, in Dir.aut. 2018, p. 360 ss., A. MUSSO, L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi, in Riv.trim.dir.proc.civ. 2018, p. 471, G. SANSEVERINO, Ex machina. La novità e l'originalità dell'invenzione "prodotta" dall'IA, in AIDA 2019, p. 6 ss., S. GUIZZARDI, La protezione d'autore dell'opera dell'ingegno creata dall'Intelligenza Artificiale, in AIDA 2019, p. 43 ss., M.J. ANTIKAINEN, Copyright Protection and AI-Generated Works – A Fight We have Already Lost?, in AIDA 2019, p. 248 ss., G. SENA, Invenzioni brevettabili e intelligenza artificiale, in Riv.dir.ind. 2020, p. 151 ss., G. DORIA, Tecnologia e proprietà intellettuale, in i-lex n.12 1/3 del 2019, G. SPEDICATO, Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale, in Riv.dir.ind. 2019, p. 253 ss., G. GHIDINI – I. AUSTONI, Una breve riflessione giuspolitica sulle creazioni realizzate attraverso robot "self-learning", in Design e innovazione digitale. Dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele, a cura di B. Pasa, Napoli, 2021, p. 51 ss.; G.M. RICCIO – F. ROTOLO, La tutela in Italia delle opere dell'uomo create dall'Intelligenza Artificiale: la necessità di un'analisi in chiave prospettica, in Design e innovazione digitale. Dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele, cit., p. 199; J. STRAUS, Artificial Intelligence and Patenting, Some Lessons from "Dabus" Patent Application, in A. MIRONE – R. PENNISI, Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo, Torino, 2021, 1, p. 615 ss., P. INIGUEZ ORTEGA, Artificial Intelligence (special reference to Big Data) and Intellectual Property Law. Issues and opportunities, in Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo, cit., p. 277 ss.

ISSN 2036-7821

Ma è la velocità di trasmissione[9] –che può avvenire in modo sostanzialmente istantaneo e con un semplice *clic* di invio- che rappresenta il vantaggio operativo di attrazione, in luogo dei mezzi tradizionali: con la conseguenza che ad essere messa in discussione è la stessa tenuta del sistema ed in particolare la protezione degli interessi, che sono marcatamente economici- dell'impresa editoriale; e per questa via, anche la stessa qualità della creazione d'autore, laddove la si ritenga connessa alla intermediazione svolta dall'attività dei concessionari e licenziatari dei diritti d'autore.

Cosicchè il quesito che ci si pone, è se la tutela autoriale -come oggi tradizionalmente intesa- sia destinata a resistere ovvero se invece alla lunga non possa che perdere la sua funzione originaria. Su questa base si può procedere ad una breve disamina dello stato dell'arte della tutela del diritto d'autore in *internet*, per verificare quali siano i presumibili orizzonti del diritto della proprietà intellettuale, alla luce della nuova disciplina introdotta dalla direttiva europea n. 790/2019.

2. *Dagli strumenti di autoprotezione (Digital Rights Management) alle nuove tecnologie Non Fungible Token. Segue: L'implementazione dell'enforcement amministrativo.*

Il principale problema che *internet* pone riguarda la tutela: come ci si possa proteggere di fronte alle violazioni del diritto d'autore[10]. La difficoltà nasce proprio dalla velocità della capacità di trasmissione del sistema, di fronte alla quale gli strumenti ordinari di protezione, ed *in primis* il ricorso alla giurisdizione ordinaria –con tutte le lungaggini delle sue procedure, anche se del caso cautelari- appaiono inadeguate ad assicurare una tutela efficace[11].

Qui le tecniche di protezione si sono orientate in una duplice direzione: da un lato, tramite l'incoraggiamento degli strumenti di autoregolazione[12] e dall'altro

[9] E così la potenziale violazione del diritto di riproduzione, anche temporanea (tramite trasmissione telematica fra i server), G. GUGLIELMETTI, Riproduzione e riproduzione temporanea, in AIDA 2002, p. 17.

[10] In generale, vedi M. MAGGI, Gli illeciti per violazione dei diritti d'autore e connessi in Internet, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cura di G. Ubertazzi, Torino, 2015, p. 73 ss.

[11] Per una disamina, F. FERRARI, Le esperienze dell'enforcement giudiziale, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., 124 ss.

[12] Per la valorizzazione degli strumenti di autoprotezione, vedi F. ASTONE, L'enforcement privato in Italia, in AIDA 2014, p. 59 ss., che offre un quadro dei meccanismi di autotutela nel contraddittorio che si venga ad instaurare all'interno dei procedimenti di segnalazione di note piattaforme di service provider (Youtube, Facebook, Wikipedia) e gli autori che si ritengano lesi nei propri diritti d'autore sulla base della constatazione che –al di là degli interessi rilevanti che rappresentano tuttavia una fetta relativa del mercato- "non è praticabile dalla massa degli utenti o degli autori non professionisti coinvolti, segnatamente quando si tratti di episodi isolati o "micro-violazioni" (p. 75).

Sulla tendenza al progressivo ricorso alla autoregolamentazione nel funzionamento delle piattaforme sociali, rispetto alla questione della identificazione della natura degli accordi con gli utenti, C. PERLINGIERI, Profili civilistici dei social networks, Napoli, 2014, p. 15 ss. e p. 36 ss..

ISSN 2036-7821

implementando l'*enforcement* amministrativo in alternativa alla giurisdizione ordinaria[13].

Nel primo ambito si inserisce la valorizzazione dei cd. *Digital Rights Management* (DRM)[14], che ha trovato riconoscimento normativo nella disciplina introdotta dagli art. 102 *quater* e *quinquies* l.a.: così sancendo la legittimità dell'apposizione di strumenti di *auto*-protezione grazie all'utilizzazione di *software* particolari, volti ad "impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti"[15].

In questo contesto peraltro non può omettersi di tener conto anche della tutela preventiva va peraltro inserita anche la possibilità di ricorrere alla tecnologia *blockchain* e di trasporre l'opera dell'ingegno su di un *Non Fungible Token* (*NFT*), che consente di procedere alla circolazione dell'opera garantendone unicità e tracciabilità[16].

---

[13] Cfr. M. BERTANI, Internet e la "amministrativizzazione" della proprietà intellettuale, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., p. 3 ss.

[14] Digital Rights Management che tuttavia non sono stati in grado allo stato di avere una rilevante capacità espansiva, come rilevato da A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete, cit., p. 537 ss.

[15] Si tratta -come noto- di strumenti di autoprotezione consentiti dall'utilizzazione di software particolari che consentono di applicare chiavi di accesso a opere e materiali digitali il cui sfruttamento economico si intende mettere a disposizione on line ma allo stesso tempo proteggere contro l'utilizzazione indiscriminata ed in modo che risultino leggibile soltanto in loro possesso; ciò che può avvenire tramite un "dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra deformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione" (art. 102 quater, II co., l.a.). In tal modo le opere dell'ingegno restano protette ed identificabili. Queste misure tecnologiche di protezione sono state introdotte con d.lgs. 9 aprile 2003 n. 68, in attuazione della Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. L'art. 23 d.lgs. n. 68/2003 ha infatti aggiunto gli art. 102 quater e quinquies l.a..

In merito, cfr. Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007, a cura di R. Caso, Trento, 2007, A.M. CASELLATI, Protezione legale delle misure tecnologiche ed usi legittimi. L'articolo 6.4 della Direttiva eurtopea e sua attuazione in Italia, in Dir.aut. 2003, p. 360 ss., M.S. SPOLIDORO, Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione, in Corr.giur. 2003, p. 845 ss., V.M. DE SANCTIS, Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni, in Dir.aut. 2003, p. 1 ss., M.L. MONTAGNANI – M. BORGHI, Proprietà digitale. Diritti d'autore, nuove tecnologie e Digital Rights Management, Milano, 2006, M.L. MONTAGNANI Dal peer-to-peer ai sitemi di digital rights management: primi appunti sul melting pot della distribuzione online, in Dir.aut. 2007, p. 1 ss., e –con riferimento ai connessi profili antimonopolistici- ID., Misure tecnologiche di protezione, sistemi di DRM e barriere all'entrata, in Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed 12 22 marzo 2007, cit., p. 215 ss., C. DI COCCO, Circolazione della conoscenza, DRM e limiti del diritto d'autore, in Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed 12 22 marzo 2007, cit., p. 99 ss., ove si evidenzia come l'efficienza di questi sistemi sia destinata presumibilmente a rafforzarsi in presenza della operatività di meccanismi tecnologici che consentano la tracciabilità dell'opera in modo da identificare l'utente e le modalità di utilizzazione.

[16] Ciò grazie ad un sistema di archiviazione e una marcatura temporale che tramite funzioni crittografiche consente di collocare in un determinato momento il trasferimento di informazione. In generale, A. NUZZO, Le ragioni di un'indagine giuridica della blockchain, in Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici, a cura di A. Nuzzo, Roma, 2021, p. 7 ss.

ISSN 2036-7821

Si pensi alla cd. *cryptoart*, ove la creazione avviene (o dal *corpus physicum* può essere trasposta) su di un supporto digitale legato alla tecnologia *blockchain* in genere ancorata a forme di *token non fungibili* che -grazie alle caratteristiche di unicità e non fungibilità- consentono l'identificazione della proprietà, e perfino la tracciabilità degli atti di trasferimento (che risultano così suscettibili di verifica con grado di certezza).

Così, di una medesima opera possono essere venduti una infinita serie di *Non Fungible Token (NFT)* che risultano a loro volta tracciabili (suscitando l'impressione di poter ritornate ad una logica di circolazione agganciata alla proprietà)[17].

Per il secondo invece, si è prevista l'attribuzione di poteri (alquanto incisivi) all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Regolamento adottato con delibera n. 680/13/Cons in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica), che può ordinare –a seguito dell'espletamento di un contraddittorio ridotto all'essenziale e dai tempi molto veloci (la decisione deve infatti pervenire entro 35 gg. dalla presentazione dell'istanza, e salvo archiviazione) un provvedimento di inibitoria (art. 8 co. 2), rimozione (art. 8 co. 3), ovvero

---

In ambito negoziale, vedi la l. 11 febbraio 2019 n. 12 conv. d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e la pubblica amministrazione, art. 8 ter che al II co. definisce "smart contract": "un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse…"; ed al co. III: "la memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014.

In generale, R. PISELLI, Autonomia negoziale, potere e blockchain. La rivoluzione del contratto, in Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici, cit., p. 25 ss.

Sulla possibilità di avvalersi efficacemente di queste tecnologie in ambito autoriale, S. SCALZINI, G. A. MONTELEONE, V. IAIA, Blokchain e proprietà intellettuale: funzioni, opportunità e sfide, in Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici, cit., p. 183 ss., ove si evidenzia come la tecnologia blockchain consente di tracciare l'utilizzazione dell'opera dell'ingegno ivi contenuta, se del caso anche per il tramite della istituzione di un registro pubblico delle transazioni; in particolare si sottolinea la possibilità di sfruttare la tecnologia dei blockchain (inizialmente sviluppata per le cryptovalute) del Non Fungible Token (NFT) che garantisce certezza di verifica tramite la unicità e indivisibilità dei gettoni digitali, la cui autenticità risulta verificata a mezzo blockchain con tracciamento del titolare e di tutti i successivi scambi e trasferimenti del token.

Con la conseguenza che, in tali fattispecie viene ad essere oggetto del trasferimento il certificato di autenticità del token, e la possibilità di procedere alla vendita di molteplici NFT per una stessa opera che tuttavia resta nella proprietà intellettuale dell'autore secondo la disciplina autoriale, N. MACLEOD, Il Boom degli NFT tra arte, proprietà intellettuale e diritti all'asta, in www.altalex.com, 24 maggio 2021.

[17] Come rilevato da A. ALPINI, AI e creazione artistica, intervento al convegno Nuove tecnologie e cultura del diritto civile, Università degli Studi di Napoli "Federico II" Dipartimento di Giurisprudenza, 25 novembre 2022.

Il ricorso alla disciplina della proprietà appare consentito nella misura in cui il trasferimento ha per oggetto il certificato di autenticità. Ma (se da un lato, si assiste probabilmente, ad una modifica nel meccanismo di ritorno economico della complessiva operazione) resta comunque fermo che l'insieme dei diritti (morali e patrimoniali) d'autore non possano che restare di pertinenza del creatore dell'opera originaria tokenizzata: la logica proprietaria non risulta qui applicabile e non potrebbe in ogni caso risultare adeguata, a proteggere l'esercizio dei diritti di sfruttamento economico (che si ritengano eventualmente correlati alla creazione, a titolo originario).

ISSN 2036-7821

disabilitazione (art. 8 co. 3, ult.parte)[18]; e con la previsione dell'applicazione di sanzioni e comunicazione agli organi di polizia giudiziaria in caso di inottemperanza (art. 8 co.7).

Così determinandosi un sostanziale spostamento dell'asse di tutela dalla giurisdizione ordinaria all'*enformement* amministrativo: nonostante infatti sia previsto nel Regolamento l'improcedibilità[19] nel caso di apertura di giudizio innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, di fatto (basta analizzare i dati costantemente pubblicati sul sito dell'Autorità, per rendersi conto che) si è sviluppata una tendenza rivolta a ricorrere in via preferenziale alla tutela amministrativa per la maggiore celerità nell'adozione dei provvedimenti (salvo poi ad agire in sede ordinaria per il risarcimento dei danni).

Regolamento che è stato oggetto di un intenso dibattito[20], ed anche destinatario (alla fonte normativa del relativo potere) di questioni di legittimità costituzionale,

[18] In particolare la decisione può essere di: a)archiviazione: laddove non si ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi (art. 8, co.1); b)inibitoria: se si ritiene sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi, l'autorità esige –nel rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza- che sia impedita la prosecuzione dell'attività illecita diramando un ordine ai prestatori di servizio che devono ottemperarvi entro tre giorni dalla notifica (art. 8, co.2); c)rimozione: se la violazione del diritto d'autore avviene su un sito ospitato su un server ubicato nel territorio nazionale, l'organo collegiale "ordina ai prestatori di servizi che svolgono attività di hosting … di provvedere di norma alla rimozione selettiva delle opere digitali medesime" (art. 8, co.3); d)disabilitazione: sempre con riferimento ai prestatori di servizi che svolgono attività di hosting se si accerta la "presenza di violazioni di carattere massivo, l'organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi di provvedere, in luogo della rimozione selettiva, alla disabilitazione dell'accesso alle suddette opere digitali" (art. 8 co.3, ult.parte). Allo stesso modo, in caso di mere conduit: "qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi sia ubicato fuori dal territorio nazionale, l'organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi che svolgano attività di mere conduit… di provvedere alla disabilitazione dell'accesso al sito".

In ordine al procedimento in generale, vedi L. DE LUCIA – F. GUZZI, L'incerta natura giuridica dei procedimenti amministrativi a tutela del diritto d'autore online (Regolamento dell'AGCom n. 680/13/CONS), in AIDA 2014, p. 136; ed in particolare sul contraddittorio, C. ALVISI, La protezione Agcom degli interessi contrapposti ai titolari, in AIDA 2014, p. 163.

[19] E' stabilito un rapporto di pregiudizialità in favore dell'Autorità giudiziaria ordinaria, ab initio ex art. 6 co. 3: "Il procedimento dinanzi all'Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia pendente un procedimento dinanzi all'Autorità giudiziaria"; e nel corso del procedimento, art. 7 co. 7: "Qualora nel corso del procedimento adisca l'Autorità giudiziaria per il medesimo oggetto, il soggetto istante ne informa tempestivamente la Direzione, che archivia gli atti e li trasmette all'Autorità giudiziaria, anche nel caso in cui gli stessi siano stati già inviati all'organo collegiale ai sensi del comma 6, dandone notizia ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento". E' quindi comprensibile come la celerità e l'efficacia di questa tutela – rispetto alle lungaggini di quella ordinaria- abbia determinato uno spostamento preferenziale a ricorrere all'esercizio dei poteri dell'AGCOM.

Sui rapporti fra procedimento amministrativo innanzi all'AGCOM e ricorso alla giurisdizione ordinaria, M. BINA, I rapporti tra Agcom e autorità giudiziaria, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., p. 211 ss.

[20] Su cui vedi A.M. ROVATI, Il dibattito sulla legittimità del regolamento Agcom: le opinioni in campo, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., p. 194 ss.

ISSN 2036-7821

superate (o meglio dichiarate inammissibili) con la nota sentenza della Corte Costituzionale 21 ottobre 2015 n. 247[21].

In una prima fase tuttavia, l'attuazione delle misure adottate non è riuscita a bloccare realmente la reiterazione delle violazioni di diritto d'autore *online*, che anzi sono risultate per certi versi implementate dal diffondersi di comportamenti emulativi e ripetitivi, in reazione ai provvedimenti repressivi degli illeciti.

Perciò, di fronte alla constatazione della diffusa pratica reiteratoria delle violazioni per il tramite di veri e propri siti pirati, che rischiava di rendere di fatto inefficace l'operatività dei provvedimenti adottati- si è assistito ad un ulteriore rafforzamento dei poteri dell'Autorità Garante per le Comunicazioni: modifiche ed aggiunte apportate al detto Regolamento, con delibera adottata dall'Autorità n. 247 del 21 ottobre 2015 (cfr. in part.: art. 8, co. 4, e l'aggiunta dell'art. 8 *bis*)[22].

---

[21] La Corte Costituzionale con sentenza n. 247 del 21 ottobre 2015 ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine all'attribuzione del potere all'AGCOM per le violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. Si deve precisare che il Regolamento AGCOM per le violazioni del diritto d'autore è stato emanato sulla base del d.lgs. 31 luglio 2005 n. 177 (T.U. radiotelevisione): l'art. 32 bis co. 3 infatti prevede che "l'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo". Da questo punto di vista il Regolamento poteva mostrare una criticità (in effetti evidenziata nella sentenza della Co.Cost.), in quanto l'art. 32 bis d.lgs. n. 177/2005 si riferisce alla tutela del diritto d'autore rispetto ai servizi di media audiovisivi.

La Corte ha evidenziato di certo una criticità, in quanto l'art. 32 ter T.U. radiotelev. non attribuisce all'AGCOM espressamente un potere regolamentare in tema di violazioni del diritto d'autore on line. Questo profilo di eccesso di potere viene superato, considerando che già gli art. 12, 13 e 14 direttiva n. 2000/31/CE (direttiva e-commerce) lasciano impegiudicata la possibilità per gli Stati membri di attribuire all'autorità amministrativa poteri inibitori anche in via d'urgenza. Cosicchè i poteri de quo "non solo non sono in discussione, ma … devono essere attribuiti, conformemente a quanto previsto dalla direttiva europea".

La questione di legittimità è stata ritenuta inammissibile in punto di rito perché "l'ordinanza nel suo insieme non chiarisce sufficientemente se intende ottenere una pronuncia ablativa o una pronuncia additivo-manipolativa e, per costante giurisprudenza di questa Corte … ciò preclude l'esame nel merito della questione determinandone l'inammissibilità…".

Nel merito, il Tar rimettente aveva eccepito la violazione dell'art. 21 Cost.it. "pietra angolare della democrazia" posta a presidio generale del diritto di manifestazione del pensiero , la cui compressione dunque (tramite sequestro) è consentita soltanto nei casi prefissati dalla legge; precetto che si porrebbe su di un piano prevalente rispetto alle libertà economiche ed alla tutela della proprietà (entro cui anche il diritto d'autore). Per il rigetto si erano costituite Confindustria Cultura Italia, che evidenziava come il diritto d'autore trova fondamento su di una molteplicità di precetti costituzionali: l'art. 41 Cost.it, l'art. 2 Cost.it. (in quanto tale, diritto inviolabile), l'art. 3 II co. Cost.it. (non ingiustificatamente discriminabile), l'art. 4 Cost.it. (in quanto attività connessa al progresso materiale e spirituale della società), l'art. 9 Cost.it. (per lo sviluppo della cultura e della tecnica), nonché lo stesso art. 21 Cost.it. (quale strumento della stessa manifestazione del pensiero), ed infine l'art. 33 Cost.it. (come forma di tutela di libero esercizio dell'arte e della scienza) e l'art. 35 Cost.it (in termini di prodotto dello svolgimento di un'attività lavorativa).

[22] Fin dalla emanazione del Regolamento, il ricorso alla tutela amministrativa presso l'AGCOM ha assunto di certo la prevalenza rispetto a quella giudiziaria e numerosi sono stati i procedimenti avviati e le decisioni dell'organo collegiale (si possono visionare sul sito dell'Autorità).

Ma si è potuto al tempo stesso constatare come l'attuazione dei provvedimenti dell'Autorità in alcuni casi sia stata vanificata dalla ripetizione a catena da parte dei cd. siti pirati, così risultando in definitiva impotente ad assicurare una efficace tutela. Di fronte al fenomeno della pirateria servivano poteri ancora più forti, e non sono tardati ad intervenire.

ISSN 2036-7821

3. *Profili generali di responsabilità dell'internet service provider ed orientamenti giurisprudenziali: applicabilità delle condizioni di esenzione, svolgimento di un ruolo attivo ed estensione alle piattaforme di condivisione di contenuti online.*

Sul piano del diritto sostanziale (e dunque in punto di responsabilità), la violazione del diritto d'autore *online* può configurare gli estremi di un illecito del *service provider* ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70 (in attuazione della direttiva europea 2000/31/CE sul commercio elettronico)[23], che invero distingue fra tre fattispecie: *a)* responsabilità nell'attività di semplice trasporto (*mere conduit*), art. 14 d.lgs. n. 7/2003; *b*) responsabilità nell'attività di memorizzazione temporanea (*caching*), art. 15 d.lgs. n. 70/2003, e *c*) responsabilità nell'attività di memorizzazione di informazioni (*hosting*), art. 16 d.lgs. n. 70/2003.

Si tratta di una disciplina a carattere generale sulla responsabilità del *service provider*, ove non si ravvisano –diversamente da altri ordinamenti quale ad es. quello

---

Per questa ragione con la delibera n. 490/18/CONS del 16 ottobre 2018, sono stati introdotti nuovi poteri con relative aggiunte al Regolamento istituendo l'elenco dei siti pirata. In particolare, si modifica l'art. 8, 4 co. aggiungendosi: "Al fine di impedire la reiterazione delle violazioni già oggetto di ordini di disabilitazione emanati dall'Autorità, i prestatori di servizi che svolgono attività di mere conduit sono tenuti a disabilitare l'accesso ai siti indicati nell'elenco in formato .txt messo a disposizione dall'Autorità medesima". Si aggiunge ancora, l'art. 8 bis "Reiterazione di violazioni già accertate dall'Autorità": "1. Qualora il soggetto legittimato ritenga che vi sia reiterazione di una violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi già accertata dall'Autorità ai sensi dell'art. 8, comma 2, e dell'art. 9-bis, comma 7, ne dà comunicazione all' Autorità medesima, allegando ogni documentazione utile. Si applicano le disposizioni dell'art. 6. 2. Qualora verifichi la sussistenza della reiterazione di una violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi già oggetto di un ordine di rimozione selettiva ovvero di un ordine di disabilitazione dell'accesso alle opere digitali ai sensi dell'art. 8, comma 3, l'Autorità provvede ai sensi dell'art. 8, comma 7. 3. Qualora verifichi la sussistenza della reiterazione di una violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi già oggetto di un ordine di disabilitazione dell'accesso al sito ai sensi dell'art. 8, comma 4, la direzione provvede con proprio provvedimento all'aggiornamento dell'elenco di cui al suddetto comma. 4. Il provvedimento è adottato entro tre giorni dalla ricezione dell'istanza…".

Sulle problematiche del fondamento del potere regolamentare, vedi P. COSTANZO, Quale tutela del diritto d'autore in internet?, in Giur.cost. 2015, p. 2343; F. GOISI, Profili di legittimità nazionale e convenzionale europea della repressione in via amministrativa delle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: il problema dell'enforcement, in AIDA 2014, p. 180.

Ulteriori modifiche, sempre nella direzione della implementazione dei poteri, sono state effettuate con la Delibera n. 233/21/Cons del 22 luglio 2021, che ha aggiunto nella definizione di "prestatore di servizi" ex art. 1 lett.f del Regolamento, anche i fornitori di servizi della società dell'informazione di cui all'art. 195-bis I co. del d.l. 19 maggio 2020 n. 34 (conv. l. 17 luglio 2020 n. 77, cd. Decreto rilancio).

E si deve ulteriormente da ultimo rilevare l'avvio di una Consultazione pubblica come da Delibera n. 445/22/Cons del 20 dicembre 2022, diretto ad introdurre strumenti di più efficace contrasto (a fronte di una "pirateria" che viene definita in termini di "allarme sociale") all'utilizzo illecito di dirette live streaming di eventi sportivi.

[23] In merito vedi A.M. ROVATI, La responsabilità civile degli ISP, in Il regolamento AGCom sul diritto d'autore, cit., p. 194 ss.

ISSN 2036-7821

statunitense[24]- specifiche norme per le violazioni di diritto d'autore, ma che alle stesse risultano di certo applicabili.

Disciplina che peraltro non ha subito rilevanti modifiche e risulta sostanzialmente confermata nel Regolamento UE 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 "relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE" (cd. *Digital Service Act*), che infatti agli art. 3 ss. riproduce negli elementi essenziali la disciplina della Direttiva *e-commerce* in tema di attività di *mere conduit*, *caching* e *hosting*, ribadendosi l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al *service provider* (art. 7), e dettagliando il comportamento da osservare in presenza di "ordini di contrastare contenuti illegali" (art. 8)[25] e "ordini di fornire informazioni" (art. 9)[26]; e precisandosi al cons. 11 (ciò che rileva ai fini della disciplina introdotta con la Direttiva *copyright*, in esame) che "il presente regolamento fa salvo il diritto dell'Unione in materia di diritto d'autore e diritti connessi, il quale sancisce norme e procedure specifiche che non dovrebbero essere pregiudicate".

Non è possibile ovviamente addentrarsi nell'ambito delle numerose questioni di carattere civilistico sulla natura della responsabilità, che la giurisprudenza oramai quasi consolidata ritiene inquadrabile nell'ambito della disciplina generale dell'illecito extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. sia pure con la precisazione dell'onere[27] -incombente sull'*internet service provider*- di provare effettivamente la sussistenza delle condizioni di esenzione riconosciute *ex lege*.

In effetti, ferma restando l'inconfigurabilità a monte di un dovere generale di controllo, l'esonero di responsabilità da parte dell'*internet service provider* è subordinato alla prova che questi non sia a conoscenza della illiceità del contenuto e non appena ricevuta una comunicazione dalle autorità competenti agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso (art. 15 e 16, d.lgs. n.70/2003, ed ora art. 4 e 5 del *Digital Service Act*).

Siffatta previsione, rispetto alla tutela della proprietà intellettuale, ha trovato ovviamente un efficace sostegno applicativo tramite l'accertamento preventivo delle

[24] Per uno sguardo comparativo, A. BERTONI – M.L. MONTAGNANI, Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete, cit., p. 537 ss., ove si segnala la diversità della scelta normativa del Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998 che prevede alla sezione 512 disposizioni relative alla limitazione di responsabilità con riferimento alle sole violazioni del copyright: ove però i service provider si identificano negli intermediari che svolgono un'attività di "storage di materiale coperto dal diritto d'autore".

[25] Stabilendosi al I co. che il service provider non appena ricevuto l'ordine di contrastare specifici contenuti illegali (che sia stato emesso dalle autorità giudiziarie o amministrative competenti) debba informare "senza indebito ritardo" l'autorità emittente "in merito al seguito dato all'ordine, specificando le misure adottate e il momento in cui sono state attuate".

[26] Anche qui al I co., è specificato il dovere del service provider di informare prontamente l'autorità giudiziaria o amministrativa emittente, "in merito al ricevimento dell'ordine e al seguito dato allo stesso".

[27] In tal senso, di recente Trib. Roma 12 luglio 2019 n. 14757.

ISSN 2036-7821

relative violazioni da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in virtù del Regolamento suindicato.

Ma la giurisprudenza è divisa fra chi ritiene che la disciplina di esonero possa valere finquando non sia stato notificato un provvedimento da parte dell'autorità (giudiziaria ovvero amministrativa); e chi invece afferma la configurabilità della responsabilità, anche a prescindere dalla comunicazione di un provvedimento di fonte autoritativa, e comunque in ogni modo ne risulti provata l'*effettiva conoscenza* della illiceità delle opere caricate (a mezzo di una vera e propria diffida notificata, ovvero anche solo per il tramite di semplice comunicazione, purchè dotata degli elementi minimi di identificazione della relativa fattispecie)[28].

Un ulteriore punto controverso riguarda la qualificazione della natura della attività svolta nel servizio di *hosting*: se il comportamento del *service provider* per risultare

[28] Vedi in part., Trib. Roma 15 febbraio 2019, n. 3512, in Riv.dir.ind. 2019, II, p. 296, secondo cui la conoscenza effettiva da parte dell'hosting provider del contenuto illecito dei dati caricati è fonte di responsabilità senza che sia necessaria la comunicazione di un provvedimento da parte dell'autorità (amministrativa o giudiziaria). Nello stesso senso, App. Roma 19 febbraio 2018 n. 1065, Trib. Napoli Nord 4 novembre 2016, in Dir.inf. 2017, 2, p. 243, con nota di M. MONTANARI, Trib. Roma 27 aprile 2016 n. 8437 in Dir.giust. 2016, per cui la conoscenza dell'illiceità può essere acquisita in qualunque modo; conforme Trib. Catania 21 aprile 2011, secondo cui risponde del danno provocato al titolare del marchio indebitamente utilizzato da un terzo come domain name l'hosting provider che, pur informato dell'illecito e diffidato dal titolare del marchio, abbia omesso qualunque intervento. In tal senso in dottrina (valorizzando quanto stabilito dal Digital Millennium Copyright Act statunitense) vedi E. TOSI, Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider attivi e passivi. Tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive e dei motori di ricerca, social network e aggegatori di contenuti, in Riv.dir.ind. 2017, p. 56.

Secondo invece Trib. Firenze 25 maggio 2012, in Giur.ann.dir.ind. 2013, 1, p. 527, la conoscenza effettiva da parte di un internet service provider dell'illiceità dei contenuti di un sito internet e conseguentemente la sua responsabilità per tali contenuti non può essere desunta dal contenuto delle diffide di parte, trattandosi di prospettazioni unilaterali, ma è necessario che un organo competente abbia dichiarato che i dati sono illeciti, oppure abbia ordinato la rimozione o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, ovvero che sia stata dichiarata l'esistenza di un danno e che l'internet service provider sia a conoscenza di una tale decisione dell'autorità competente.

Sulla questione della (rilevanza e prova della) effettiva conoscenza dei contenuti illeciti (da parte dell'internet service provider), A. COLARUOTOLO, Facebook e Hyperlinking illecito degli utenti. L'inerzia ingiustificata del prestatore di servizi è fonte di responsabilità civile e risarcitoria, nota a Trib. Roma 15 febbraio 2019, n. 3512, in Riv.dir.ind. 2019, p. 308, ID., Diffusione di opere protette senza autorizzazione: c'è responsabilità dell'ISP in caso di editing del materiale online immesso dagli utenti, nota a Trib. Roma 22 gennaio 2021, in Riv.dir.ind. 2021, p. 88 ss..; e per una recente rassegna delle posizioni, R. PANETTA, Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile, in Resp.civ.prev. 2019, p. 1017; con riferimento a concorso in responsabilità per fattispecie diffamatorie, R. PETRUSO, Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in Dir.inf. 2018, p. 511, ID., Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps, in Eur.dir.priv. 2017, p. 451; M. COCUCCIO, La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider, in Resp.civ.prev. 2015, p. 1312.

In generale, E. TOSI, Responsabilità civile per fatto illecito degli internet service provider, in Digesto disc.priv. sez.civ., X Agg., Torino, 2016, ID., Diritto privato dell'informatica e di internet. I beni – I contratti – Le responsabilità, Milano, 2006, p. 430 ss. D. MULA, La responsabilità e gli obblighi degli Internet Providers per violazione del diritto d'autore, in Riv.dir.ind. 2010, p. 252 ss.

ISSN 2036-7821

veramente esente da responsabilità debba essere soltanto passivo (o comunque neutrale), ovvero se questa condizione non operi laddove si accerti invece che il detto prestatore abbia in qualche modo giocato un proprio ruolo, anche di filtro e selezione dei dati caricati.

La giurisprudenza in materia non è univoca[29], ma una recente pronuncia di legittimità[30] ha chiarito che se l'*hosting provider* venga a svolgere in qualche modo un *ruolo attivo*, e cioè non si sia limitato alla ricezione passiva delle informazioni caricate, allora l'operatività delle condizioni di esenzione *ex lege* previste resterebbe esclusa, con riespansione dell'ambito applicativo della disciplina generale della responsabilità civile extracontrattuale dell'illecito aquiliano.

Anche la Corte di Giustizia europea peraltro è intervenuta sulla questione, con numerose pronunce: la sentenza Co. Giust. UE 23 marzo 2010 gr.sez. cause C-236/08, C-237/08 e C-238/08 (caso *Google France*)[31], che con riferimento a pretese violazioni di

[29] Cfr. fra le tante, Trib. Roma 1 febbraio 2019 n. 3512: l'internet service provider che gestisca un servizio automatico consistente nella creazione di una scheda sull'attività di un professionista, non è tenuto a svolgere alcun ruolo di filtraggio; ancora, Trib. Palermo 7 giugno 2013, in Giur. comm. 2015, II, p. 179, con nota di D. GUARDI, non è esigibile un dovere di controllo del gestore del motore di ricerca sulla corrispondenza a possibili marchi di concorrenti di tutte le parole chiave indicate dai numerosissimi inserzionisti di un servizio di posizionamento pubblicitario a pagamento su internet, offerto dal motore stesso; in senso più radicale, Trib. Roma 22 marzo 2011, in Giur.comm. 2012, II, p. 894, con nota di M. COLANGELO, secondo cui la mancata attivazione del gestore di un motore di ricerca, venuto a conoscenza della natura illecita dei dati memorizzati o delle attività poste in essere dagli utenti, lo rende responsabile in concorso nella contraffazione dei diritti di proprietà intellettuale. In merito, vedi R. BOCCHINI, La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti, in Giur.it. 2017, p. 632 ss., ID., La responsabilità degli intermediari del commercio elettronico, Napoli, 2003.

[30] Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, secondo cui la disciplina introdotta dalla direttiva e-commerce si riferisce (stabilendo uno speciale regime di esenzione di responsabilità, rispetto all'art. 2043 c.c.) esclusivamente all'internet service provider passivo, per cui ne resta esclusa l'applicabilità laddove venga posta una condotta attiva, dovendosi procedere (caso per caso) al relativo accertamento secondo elementi indicatori della interferenza dell'internet service provider.

In tal modo, viene a prendere corpo una fattispecie atipica di responsabilità dell'internet service provider attivo, fra cui anche i motori di ricerca e gli aggregatori di contenuti online secondo E. TOSI, La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019, in Riv.dir.ind. 2019, p. 226 ss., ove ampia ricognizione della giurisprudenza, comunitaria e nazionale (spec. nota 38).

[31] La vicenda trae origine dall'impiego quali parole chiave (keywords) di segni corrispondenti a marchi notori (es. Luis Vuitton) in assenza di autorizzazione e dunque con relativa concorrenza sleale in danno di marchi notori. La Corte si è interrogata se nell'attività di caricamento dei dati tramite il software del motore di ricerca, potesse configurarsi una responsabilità della piattaforma Google ai sensi degli art. 12-15 della direttiva 2000/31 sul commercio elettronico. In effetti tramite il sistema Adword Google offriva un servizio di posizionamento che consentiva a pagamento la visualizzazione di annunci a determinate condizioni, questo aveva consentito l'indebito agganciamento a marchi notori. La Corte ha escluso anzi tutto che il posizionamento dei segni simili a marchi notori venga a rappresentare un uso del marchio da parte del prestatore del servizio di posizionamento, mentre ha rimesso al giudice nazionale l'accertamento se vi sia stata una effettiva compartecipazione in base alla direttiva UE n. 2000/31 di Google nello svolgimento del servizio di posizionamento e nell'organizzazione degli annunci, enunciando il seguente principio: "Il prestatore di un servizio di posizionamento su Internet che

ISSN 2036-7821

diritto di proprietà industriale nell'ambito di un servizio di posizionamento di annunci, ha sancito l'inestensibilità di una responsabilità al *service provider* in assenza della prova di un ruolo attivo effettivamente svolto, rimettendo però al giudice nazionale l'accertamento in concreto della condotta e l'idoneità a inquadrarsi nell'esenzione di legge; ancora, Co. Giust. 12 luglio 2011 causa C-324/09[32], che invece ha affermato la responsabilità dell'*internet service provider* in qualunque modo sia venuto a conoscenza della illiceità dei dati caricati, tanto a seguito di un esame svolto di propria iniziativa che laddove gliene sia stata notificata l'esistenza; nonchè Co. Giust. 24 novembre 2011 (caso Scarlet c. Sabam), che ha escluso la configurabilità di un dovere preventivo di filtraggio delle opere e contenuti caricati[33]; ed infine, la recentissima Co. Giust. gr.sez. 22 giugno 2021 (cause riunite C-682/18 e C-683/18) che ha confermato l'estensibilità alle piattaforme di condivisione di video (e comunque, di piattaforme di *hosting* e condivisione di *file*) della disciplina di cui all'art. 14 par. 1 della direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico[34].

---

memorizza come parola chiave un segno identico a un marchio e organizza, a partire da quest'ultima, la visualizzazione di annunci non fa un uso di tale segno ai sensi dell'art. 5, nn. 1 e 2, della direttiva 89/104 o dell'art. 9, n. 1 del regolamento n. 40/94. L'art. 14 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("Direttiva sul commercio elettronico"), deve essere interpretato nel senso che la norma ivi contenuta si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato si richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi". In definitiva, non si deve trattare di un hosting provider attivo.

[32] In Giur.ann.dir.ind. 2011, 1, 1579: la Corte chiarisce che la percezione di un corrispettivo e l'offerta di informazioni di carattere generale non valgono a impedire l'applicazione delle deroghe di responsabilità previste dalla Direttiva 2000/31; soluzione diversa si ritiene invece debba essere adottata se abbia prestato un'assistenza al cliente, perché in tal caso la posizione non può ritenersi più neutrale ma attiva ed idonea a conferirgli una conoscenza effettiva o una funzione di controllo preventivo rispetto al posizionamento delle offerte.

In tal senso, anche Co. Giust. UE 11 settembre 2014 (caso Papasavvas c. Fileleftheros), ove si sottolinea la necessità –ai fini della applicabilità degli art. 12-14 della direttiva n. 2000/31- dello svolgimento di un comportamento meramente "tecnico, automatico e passivo" da parte dell'Internet Service Provider; ciò che invece non si ritiene sussistere, in caso di svolgimento di "un'assistenza consistente, segnatamente, nell'ottimizzare la prestazione delle offerte in vendita … e nel promuovere tali offerte: così in definitiva venendosi ad escludere il carattere di neutralità.

[33] Nello stesso senso, anche Trib. Roma 13 dicembre 2011, sez. impr., in Dir. inf. 2012 p. 462 ss., con nota di F. MERLA, Attività di "filtraggio" dei contenuti online, diritti di privativa e libertà di impresa.

[34] Nella sentenza (relativa al caricamento di video illeciti musicali su Youtube), si evidenzia come –stante l'inconfigurabilità di un obbligo generale di controllo preventivo) la predisposizione da parte del gestore di una piattaforma di contenuti online, di sistemi di indicizzazione automatica e di una funzione di ricerca non può ritenersi sufficiente per affermare che "detto gestore sia "concretamente" al corrente di attività illecite ivi memorizzate"; atteso che non si ritiene potersi prescindere dalla necessità di verificare in concreto l' "effettiva conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità" (conf. Co. Giust. 12 luglio 2011, causa C-324/09), come nel caso in cui abbia ricevuto la notifica dell'esistenza di attività o informazioni illecite.

ISSN 2036-7821

4. *L'approvazione della direttiva del 17 aprile 2019 n. 790 (cd. direttiva copyright). Qualche osservazione sulle dibattute disposizioni dell'art. 15 (in tema di pubblicazioni giornalistiche) e dell'art. 17 (in tema di responsabilità dei "prestatori di servizi di condivisione di contenuti online"), come recepiti dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 177.*

Le vicende relative all'approvazione della direttiva *copyright*, sono state alquanto amplificate dai mezzi di informazione: le due fazioni in campo (convenzionalmente qualificabili l'una liberista, l'altra conservatrice) in ordine alla concezione sul nuovo equilibrio da costruire nel rapporto *internet*-proprietà intellettuale, sono pervenute ad un punto di massima rottura che è stato di certo amplificato dalle ferme opposizioni dei principali controinteressati ed *in primis* le grandi piattaforme *Google*, *Youtube*, *Facebook*, nonché l'enciclopedia *online Wikipedia*[35].

La direttiva presenta una serie di disposizioni normative che in parte appaiono accogliere soluzioni di compromesso, anche se nel complesso l'opzione prescelta sembra dirigersi verso una precisa scelta di campo (in chiave protezionistica).

Le disposizioni che più hanno fatto discutere, sono come noto, l'art. 15 ("*Protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online*") e l'art. 17 ("*Utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*").

Sulla nuova disciplina introdotta –come recepita dal d.lgs. 8 novembre 2021 n. 177 (in attuazione, pur con qualche ritardo[36], della l. 22 aprile 2021, n. 53, *Legge di delegazione europea 2019-2020*)- può svilupparsi qualche prima osservazione rispetto all'argomento oggetto della presente indagine.

4.1. *L'art. 15 e l'abuso delle informazioni giornalistiche. I diritti riconosciuti all'editore ed agli autori, eccezioni e limiti della tutela: in particolare, la problematicità della identificazione del contenuto della eccezione riferita agli "estratti molto brevi", e la soluzione adottata dal legislatore nazionale. La determinazione dell'equo compenso: tutela amministrativa e giurisdizione ordinaria.*

Iniziando dall'art. 15 della direttiva, la norma ha previsto una disciplina volta a proteggere l'editoria di fronte all'utilizzazione delle pubblicazioni giornalistiche[37] a

[35] Per una rassegna sul punto, G. ZAMMATARO, Il futuro del copyright nel Mercato Unico Digitale: l'arduo contemperamento di interessi nella Direttiva 2019/790, in Giustiziacivile.com 28.08.2019; ID., Il diritto d'autore nell'era digitale: nuove esigenze di tutela di fronte alle recenti evoluzioni tecnologiche, in Giustiziacivile.com 30.09.2019.

[36] E, dopo che la Commissione europea aveva avviato nei confronti di venti Paesi europei (fra cui l'Italia) una procedura di infrazione, visto che il termine per il recepimento era stabilito al 7 giugno 2021. Cronologicamente, è stata la Francia ad avviare per prima la procedura di attuazione (completata tuttavia soltanto in forma parziale), mentre l'unico Stato ad aver concluso in via definitiva era la Germania.

[37] Per la relativa nozione, art. 43 bis II co. l.a.: "per pubblicazione di carattere giornalistico si intende un insieme composto principalmente da opere letterarie di carattere giornalistico, che può includere altre opere e materiali protetti, come fotografie o videogrammi e costituisce un singolo elemento all'interno di una pubblicazione periodica o regolarmente aggiornata, recante un titolo unico, quale un quotidiano o una rivista di interesse generale o specifico, con la funzione di informare il pubblico su notizie, o altri argomenti, pubblicata su qualsiasi

ISSN 2036-7821

fini di informazione nei servizi *online* di aggregatori di notizie o servizi di monitoraggio dei *media* (finalità espressamente dichiarata al considerando n. 54). La relativa disciplina di recepimento è ora contenuta all'art. 1, lett. *c*, d.lgs. n. 177/2021, che ha aggiunto l'art. 43 *bis* l.a. che riconosce agli editori (sia in forma singola che associata o consorziata) i diritti di riproduzione e comunicazione di cui agli art. 13 e 16 l.a. per l'utilizzo *online* da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione (comprese le imprese di *media monitoring* e rassegne stampa)[38].
L'obiettivo perseguito è quello di arginare il fenomeno di abuso delle informazioni giornalistiche *online*, che ha messo in seria difficoltà l'impresa editoriale del settore[39], proprio in quanto tramite l'accesso gratuito e veloce al mezzo *internet*, che offre nell'immediato le prime notizie, ne possano risultare superate (e lese negli interessi economici) le testate giornalistiche.
Si è inteso così incoraggiare l'attività editoriale (ed al tempo stesso, preservare la qualità degli articoli giornalistici), garantendo agli editori la percezione di un equo compenso per lo sfruttamento delle informazioni tramite il riconoscimento di diritti

---

mezzo di comunicazione sotto l'iniziativa, la responsabilità editoriale e il controllo di un editore o di un'agenzia di stampa". Restano escluse le pubblicazioni periodiche a fini scientifici o accademiche.

[38] Per la definizione della nozione di "servizi della società dell'informazione", vedi d.lgs. 15 dicembre 2017 n. 223 art. 1 I co. lett. b: "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi: ai fini della presente definizione, si intende per: 1) a distanza: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; 2) per via elettronica: un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento, compresa la compressione digitale e di memorizzazione dei dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici".

[39] I cd. siti aggregatori di notizie vengono vistati dall'utenza per essere informati ed accedere alle notizie ricavate dai giornali ivi riportate: con la conseguenza che da un lato l'impresa editoriale vede sottratta a favore dei siti online una parte consistente dei propri introiti; e dall'altro, il meccanismo ingeneratosi può indirettamente risolversi (proprio per la minore redditività degli investimenti) in un abbattimento della qualità dell'informazione (cfr. cons. n.54 dir. n. 790/2019).

Per una prima disamina delle questioni connesse all'attuazione dell'art. 15 della direttiva n. 790/2019, cfr. G. PRIORA, Diritto d'autore e accesso all'informazione giornalistica: accanimento o lungimiranza del legislatore comunitario?, in Dir.inf. 2020, p. 833 ss., che evidenzia (nella spinosa demarcazione della linea di confine, fra "sfruttamenti leciti ed illeciti" dell'opera giornalistica) la problematicità di un intervento protezionistico anche alla luce delle criticità riscontrate in sede applicativa delle eccezioni già stabilite dagli art. 65 l.a. (diritto alla ristampa degli articoli di attualità, la cui riproduzione o utilizzazione non sia stata espressamente riservata, cfr. I co.; e diritto di cronaca per la riproduzione al pubblico di opere protette, utilizzate in occasione di avvenimenti di attualità, cfr. II co.), art. 66 l.a. (libera riproduzione dei discorsi di interesse politico o amministrativo tenuti in pubblico, nei limiti dello scopo informativo), e 101 l.a. (riproduzione di informazioni e notizie in conformità agli "usi onesti in materia giornalistica").

Sul relativo regime di queste eccezioni, come ampliato con il d.lgs. 9 aprile 2003 n. 68 (in attuazione della direttiva n. 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e connessi nella società dell'informazione), N. ABRIANI, Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali, in AIDA 2002, p. 98 ss.. E' che il rafforzamento della protezione autoriale non si traduce necessariamente in un beneficio, con riferimento a quel "attività che, in realtà, non pregiudicano l'obiettivo centrale del copyright, ossia la creazione di incentivi per gli autori", L. NIVARRA, Le opere multimediali su internet, in AIDA 1996, p. 131 ss., che su questa base riconosce al regime delle eccezioni un ruolo fondamentale.

ISSN 2036-7821

connessi (art. 32 *quater* l.a.)[40]; ed agli autori, l'osservanza degli accordi a monte conclusi con gli editori, nonché la riserva di una quota adeguata della massa complessiva dei proventi percepiti dallo sfruttamento *online* (art. 15, ult.par. dir. n. 790/2019)[41] compresa fra il due ed il cinque per cento (art. 43 *bis* co. 13, l.a.)[42]. Diritti tutti che si estinguono nel termine di due anni dalla pubblicazione (art. 43 *bis*, co. 14, l.a.)

La determinazione del compenso è effettuata (anche in sede di negoziazione) tenendo conto -ex art. 43 bis co. 8 l.a.[43]- dei criteri stabiliti da regolamento emanato dall'Autorità Garante per le Comunicazioni[44]; cui viene in effetti riservato un ruolo di

[40] "Il contributo organizzativo e finanziario degli editori nel produrre pubblicazioni di carattere giornalistico va riconosciuto ed ulteriormente incoraggiato" tramite il riconoscimento di diritti connessi a quello d'autore per la riproduzione e la messa a disposizione del pubblico di pubblicazioni di carattere giornalistico" (cons. n. 55, dir. n. 790/2019).

[41] L'art. 9 I co., lett. h, l. delega 22 aprile 2021, n. 53, richiede (fra i criteri) che "nel caso di utilizzo on-line delle pubblicazioni di carattere giornalistico da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione trovino adeguata tutela i diritti degli editori, tenendo in debita considerazione i diritti degli autori di tali pubblicazioni".

[42] In caso di lavoro autonomo; viceversa, in presenza di rapporto di lavoro subordinato, si rinvia alla contrattazione collettiva.

[43] La relativa determinazione può tener conto (con elencazione non tassativa, come chiarito dall'inciso "tra l'altro") dei seguenti parametri: numero di consultazioni online, storia e rilevanza dell'editore, numero di giornalisti impiegati, "nonché dei costi sostenuti per investimenti tecnologici e infrastrutturali da entrambe le parti, e dei benefici economici derivanti, ad entrambe le parti, dalla pubblicazione quanto a visibilità e ricavi pubblicitari" (art. 43 bis, co. 8, l.a.).

[44] Si tratta del "Regolamento in materia di individuazione dei criteri di riferimento per la determinazione dell'equo compenso per l'utilizzo online di pubblicazioni di carattere giornalistico" di cui all'All. A alla Delibera n.3/23/Cons approvata li 19 gennaio 2023, ove –rispetto alla categoria generale dei prestatori di servizi della società dell'informazione- vengono stabiliti criteri di determinazione dell'equo compenso differenziati per le imprese di media monitoring e rassegne stampa: queste ultime definite (art.1 lett. f) come quelle imprese che erogano "un servizio della società dell'informazione consistente, tra l'altro, ma non esclusivamente, nella selezione, indicizzazione, organizzazione, collazione, estrazione, trasmissione, messa a disposizione di pubblicazioni di carattere giornalistico, normalmente dietro retribuzione, a distanza, anche mediante attrezzature informatiche di trattamento e memorizzazione di dati ed a richiesta individuale di un contraente anche mediante copia cartacea successivamente digitalizzata".

La ratio giustificatrice di questa differenziazione si fonda sulla constatazione effettiva che i ricavi sono strutturalmente formati in modo diverso: per i prestatori di servizi della società dell'informazione in generale, l'accesso è libero, ed il guadagno deriva dai ricavi pubblicitari e dallo sfruttamento dei Big data; per le imprese di media monitoring e rassegne stampa invece, tramite il compenso specificamente stabilito a titolo oneroso per la fornitura del servizio.

Così, per i prestatori di servizi della società dell'informazione diversi dalle imprese di media monitoring e rassegne stampa l'art. 4 stabilisce come base di calcolo (con un aliquota fino al 70% calcolata sulla base dei criteri specifici di riferimento dettagliati al co.3) i ricavi pubblicitari del prestatore derivanti dall'utilizzo online delle pubblicazioni di carattere giornalistico dell'editore (al netto dei ricavi dell'editore attribuibili al traffico di reindirizzamento generato sul proprio sito web).

Viceversa, per le imprese di media monitoring e rassegne stampa, ex art. 6 Reg. la base di calcolo è rappresentata dal fatturato derivante dalla relativa attività tenendo conto dei criteri specifici di riferimento indicati al co.1.

In entrambi i casi i prestatori sono obbligati a mettere a disposizioni i dati necessari alla applicazione dei criteri specifici di riferimento (cfr. art. 5 e 7 Reg.).

ISSN 2036-7821

vigilanza anche sull'adempimento dei doveri informativi, e salva la facoltà di adire la sezione del giudice ordinario specializzata in materia di impresa[45].
In tal modo, secondo la logica del legislatore comunitario si ritiene possa proteggersi anche il livello di qualità delle opere dell'ingegno, garantendo la giusta soddisfazione delle aspettative economiche degli autori, in modo equo e con un meccanismo redistributivo dei proventi ingenerato dalla obbligatorietà della prestazione del consenso preventivo per lo sfruttamento dei diritti d'autore sulle piattaforme *online*.
Emerge nel complesso la *ratio* di una politica conservatrice della tradizionale ossatura del diritto d'autore fondata sulla tripartizione di interessi fra *autore – editore – terzi*, rispetto alla quale dunque lo strumento di comunicazione dato da *internet* anche per il tramite delle piattaforme *online* finisce per aggiungersi, senza determinare alcuno sconvolgimento di sistema ma soltanto una variante di disciplina con gli opportuni adattamenti.
Sono riconosciute tuttavia una serie di eccezioni (affatto irrilevanti), fra cui "gli utilizzi privati o non commerciali … da parte di singoli utilizzatori", i "collegamenti ipertestuali"; ma soprattutto si è previsto che i diritti per lo sfruttamento *online* "non si applicano all'utilizzo di singole parole o di *estratti molto brevi* di pubblicazioni di carattere giornalistico" (art. 15 par. 1 dir. n. 790/2019 ed in termini identici art. 43 *bis*, co. 6, l.a.)[46].

[45]In sede di negoziazione devono inoltre essere osservati specifici doveri a protezione degli editori (in questa dimensione, considerati la parte debole del rapporto), atteso che i prestatori di servizi non devono esercitare azioni dirette a limitare "la visibilità dei contenuti degli editori nei risultati di ricerca"; ed in caso di violazione ingiustificata nel corso delle trattative, il comportamento può essere valutato rispetto all'osservanza del principio generale di buona fede e correttezza di cui all'art. 1337 c.c. in ambito precontrattuale.

A fronte dell'omessa conclusione dell'accordo (e "fatta salva la libertà negoziale delle parti", cfr. Regolamento art. 4 co. 4), ciascuna parte può rivolgersi all'Autorità Garante per le Comunicazioni indicando la propria richiesta economica; a fronte della quale l'Autorità procede entro sessanta giorni (anche in assenza dell'intervento della parte "pur regolarmente convocata") alla relativa determinazione (art. 43 bis, co. 10, l.a.). La procedura è specificata agli art. 8 ss. del Regolamento.

Resta ferma la tutela giurisdizionale ordinaria innanzi al Tribunale delle imprese anche a fronte della mancata conclusione dell'accordo nonostante la determinazione dell'Autorità (art. 43 bis, co. 11, l.a.). La norma stessa si preoccupa peraltro di identificare la possibile fattispecie di riferimento dell'illecito eventualmente compiuto, inquadrabile nell'abuso di dipendenza economica (così rinviando alla relativa azione prevista dall'art. 9, III co., l. 18 giugno 1998 n. 192).

La disciplina si completa con la previsione –atta a garantire l'effettività del procedimento di determinazione dell'equo compenso- dell'obbligo da parte dei prestatori di servizi della società dell'informazione di "mettere a disposizione … i dati necessari" a fronte della richiesta della parte interessata, anche tramite organismi di gestione collettiva, o d'ufficio su iniziativa dell'AGCOM cui viene in effetti riservato una funzione di vigilanza unitamente al potere di procedere alla irrogazione di sanzioni pecuniaria (per le relative violazioni) fino all'uno per cento del fatturato dell'ultimo esercizio.

[46] Nel cons. n.58 della direttiva n. 790/2019 si auspica che "l'esclusione degli estratti molto brevi sia interpretata in modo da non pregiudicare l'efficacia dei diritti previsti dalla seguente direttiva"; per questa ragione, l'art. 9, I co. lett. i, l.delega n. 53/2021 richiede di "definire il concetto di "estratti molto brevi" in modo da non pregiudicare la libera circolazione delle informazioni".

ISSN 2036-7821

In merito al significato da attribuirsi e nel tentativo di limitare le incertezze interpretative, il legislatore nazionale è opportunamente intervenuto, chiarendo (al co. 7 dell'art. 32 *quater* l.a.) che -per "estratto molto breve"- si debba intendere "*qualsiasi porzione*" della pubblicazione giornalistica "che *non* dispensi dalla necessità di consultazione dell'articolo giornalistico nella sua integrità".
Ne deriva che (più che il profilo quantitativo dell'estratto, che invero può risultare anche di "qualsiasi" dimensione) viene *essenzialmente* a rilevare la qualità del medesimo, e cioè la *capacità di sintesi in rapporto all'intero*: l'estratto cioè non deve vanificare l'intera pubblicazione, rendendone inutile la lettura, chè anzi (proprio sintetizzandone un aspetto) appare possibile innescare un processo indiretto di promozione della relativa pubblicazione giornalistica, senza comportarne alcun pregiudizio.
Si tratta –come evidente- di una soluzione di compromesso, ispirata ad una *ratio* di contemperamento fra tutela della pubblicazione giornalistica e protezione della libertà di circolazione delle idee e delle notizie; e che non appare di certo priva di profili problematici in sede applicativa (come già si è riscontrato per le eccezioni previste in questo ambito dagli art. 65, 66 e 101 l.a.) per l'inevitabile discrezionalità valutativa connessa ad un accertamento in concreto della liceità dell'estratto (e la configurabilità della relativa eccezione)[47].

4.2. *L'art. 17 ed il nuovo regime di responsabilità del "prestatore di servizi di condivisione di contenuti online": condizioni di esonero e criteri di diligenza. Il rischio di blocchi preventivi e la ricerca di un equilibrio fra principio di libertà di espressione e protezione della proprietà intellettuale: salvezza dei regimi di eccezione al diritto d'autore, sottoposizione a "verifica umana", meccanismi di reclamo e ricorso amministrativo.*
Anche la disciplina prevista dall'art. 17 della direttiva n. 790/2019 dichiara di partire dalla constatazione della presunzione di una incertezza applicativa di fondo, che

[47] E vedi i rilievi critici espressi da G. GHIDINI – F. BANTERLE, Copyright, news, and "information products" under the new DSM copyright Directive, in Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo, cit., p. 245 ss., secondo cui appare riduttivo e semplicistico limitarsi ad un approccio meramente quantitativo (come invece previsto dal Copyright Board del Deutsches Patent und Markenamt che identifica in seven words la soglia minima quantitativa di questa sorta di "ancillary right" già introdotto in quell'ordinamento dal German Federal Copyright Law, sect. 87f ss.; come anche in quello spagnolo, cfr. Ley del 4 novembre 2014 n. 21, ove tuttavia il parametro di riferimento è dato dalla sussistenza di "fragmentos no significativos"): emerge così secondo gli autori (anche attingendo a casi concreti, dati dall'esperienza di "information products") l'esigenza di procedere effettivamente ad un corretto balance fra gli interessi in modo da compensare i costi di investimento sopportati a monte per pervenire a quel tipo di "information products", optando per l'applicazione di un criterio più elastico: che viene identificato dagli autori in un sistema di "open access on fair … pratically defined through negotiatins among inline intermediaries and press publishers' associations" (p. 257).

ISSN 2036-7821

stavolta riguarda il regime di responsabilità per le violazioni di diritto d'autore rispetto ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online*[48].
Qui il decreto legislativo di recepimento (lett. *n*) introduce nella l. 22 aprile 1941 n. 633 il nuovo Titolo II *quater* con disposizioni dall'art. 102 *sexies* l.a. all'art. 102 *decies* l.a..
Si tratta di una disciplina in deroga all'art. 14 par. 1 della direttiva n. 2000/31/CE (*hosting*)[49], che promuove l'introduzione di un "meccanismo specifico di responsabilità" (considerando n. 66 dir. n. 790/2019); ferma restando la inconfigurabilità di un obbligo generale di controllo, e senza pregiudicare la possibilità di ricorrere alla disciplina ordinaria dell'illecito aquiliano (secondo i risultati della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria soprarichiamata) in presenza dell'accertamento dello svolgimento di una condotta attiva (come attestata dalla sussistenza di uno o più "indici di interferenza")[50].
Certo, l'istituzione del dovere di compiere i massimi sforzi per procurarsi un'autorizzazione *a monte* (e di osservare gli speciali criteri di diligenza professionale previsti all'art. 17 par. 4 dir. n. 790/2019 ed art. 102 *septies* l.a.), appare in qualche modo idonea a ridimensionare anche la portata applicativa del regime di responsabilità (ordinario) della figura (atipica) dell'*hosting internet service provider* attivo.
Ma le fattispecie restano essenzialmente diverse: invero, il nuovo regime di responsabilità si riferisce allo svolgimento di un'attività (di servizi di condivisione di contenuti *online*) che non vede alcun tipo di interferenza rispetto al caricamento delle opere e dei materiali protetti, cosicchè resta nell'ambito dello svolgimento di un

[48] Secondo infatti il cons. n. 61 dir. n. 790/2019, sussiste una incertezza applicativa con riferimento a questi servizi, per cui è opportuno intervenire con nuova disciplina atteso che si tratta di un ruolo rilevante sul mercato dei contenuti online (cons. n. 62) e che si è in presenza di un atto di comunicazione al pubblico distante per cui si dovrebbe ottenere l'autorizzazione anche attraverso un accordo di licenza, da parte dei titolari dei diritti (cons. n. 64).

[49] Art. 17, par.3, dir. n. 790/2019: "la limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non si applica alle fattispecie contemplate dal presente articolo".

[50]Ricavati dalla giurisprudenza comunitaria e ritenuti estendibili anche ai motori di ricerca ed in generale agli aggregatori di contenuti di terzi, laddove siano svolte "ulteriori significative attività –lucrative- di organizzazione di contenuti digitali, non meramente automatiche", su cui vedi E. TOSI, La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019, cit., p. 226 ss., per il quale gli "indici di interferenza" sono individuabili nelle seguenti attività: "indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione dei contenuti digitali in base a specifici criteri di gestione imprenditoriale del servizio; filtro e selezione dei contenuti digitali e sfruttamento commerciale mediante raccolta pubblicitaria; promozione dei contenuti digitali e sfruttamento commerciale mediante raccolta pubblicitaria; organizzazione di un team editoriale preposto alla selezione dei contenuti digitali; sistema di valutazione comportamentale degli utenti per aumentare la fidelizzazione al servizio; poteri di rimozione dei contenuti digitali caricati e facoltà di segnalazione degli illeciti da parte dell'utente, disciplinati da regolamento generale del servizio".

ISSN 2036-7821

ruolo (non attivo, bensì) di mera ricezione passiva con funzione aggregativa a scopo di lucro (cfr. art. 17, par. 3, dir. n. 790/2019, ed art. 102 *sexies*, co. 5, l.a.).

In effetti, l'ambito *soggettivo* di applicazione è rappresentato dalla identificazione della figura del "prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*", che è espressamente definita all'art. 2 par. 6 dir. n. 790/2019 (ed ora, all'art. 102 *sexies* l.a.): lo stesso è "un prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di *memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere* protette dal diritto d'autore[51] o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a *scopo di lucro*. La stessa norma esclude espressamente dal novero (esenzione in cui si è tradotta la soluzione di compromesso, a fronte dell'acceso dibattito fra la parti in campo) le enciclopedie *online* senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo e condivisione di *software open source*, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva UE n. 2018/1972, i mercati *online*, i servizi *cloud* da impresa a impresa e i servizi *cloud* che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale[52].

In attuazione di questa norma comunitaria ora l'art. 102 *sexies* l.a. dispone che la figura ricorre ogni qualvolta si presentino cumulativamente: *a*) uno scopo principale (o fra i principali) diretto a memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità[53] di opere o di altri materiali protetti dal diritto d'autore; *b*) il caricamento di opere (o altri materiali protetti) da parte degli utenti; nonchè *c*) l'organizzazione e la promozione delle opere o degli altri materiali protetti, "allo scopo di trarne profitto direttamente o indirettamente"[54].

---

[51] In positivo, gli elementi che devono essere compresenti affinchè si ricada nella figura del service provider di condivisione di contenuti online, sono i seguenti: a) quanto all'oggetto, che l'attività consista nel caricamento di grandi quantità di opere; b) rispetto allo scopo, che l'attività sia rivolta al perseguimento di un lucro (su questa base si giustifica peraltro la ratio delle numerose esenzioni previste dalla stessa norma); c) che l'attività svolta abbia un ruolo rilevante nel mercato, dovendosi trattare di "grandi quantità" di dati: valutazione che "dovrebbe essere effettuata caso per caso e dovrebbe tener conto di una combinazione di elementi, come l'utenza del servizio e il numero di file di contenuti protetti caricati" (cons. n. 63, dir. n. 790/2019).

[52] La norma prevede dunque una serie di esenzioni soggettive dall'applicazione della disciplina a seguito dell'approvazione di alcuni emendamenti diretti principalmente a proteggere le piattaforme ad uso didattico e prive di lucro (come Wikipedia, che aveva intrapreso una vera e propria serrata di protesta nel luglio 2018, impedendo l'accesso ai contenuti della enciclopedia online).

[53] Non sono tuttavia indicate soglie precise per la quantificazione di questo "large amount", ciò che si espone al rischio di disomogeneità applicative, per quanto segnala la Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, cit., p. 6.

[54] Si segnala qui, la precisazione della rilevanza anche del cd. lucro indiretto, ricorrente in presenza del ritorno di qualsiasi vantaggio che risulti economicamente valutabile (si pensi agli introiti pubblicitari connessi alla gestione delle piattaforme, cfr. Co. Giust. UE gr.sez. 22 giugno 2021, cause riun. C-682/18 e C-683/18): in tal senso, vedi la Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, p. 6.

ISSN 2036-7821

Il presupposto *oggettivo* di applicazione invece è che, quando uno dei *service provider* in esame venga a concedere l'accesso al pubblico di opere tutelate dal diritto d'autore, ne risulta integrato "un *atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico*" (art. 7, par. 2, dir. n. 790/2019)[55].

Su questa base, la conseguenza che se ne ricava è che il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* debba preventivamente procurarsi una specifica *autorizzazione* dai rispettivi titolari dei diritti[56]: per cui in caso di messa a disposizione del pubblico che sia avvenuta in assenza di autorizzazione, debba essere ritenuto responsabile –senza che possa operare l'esenzione di responsabilità prevista dall'art. 16 d.lgs. n. 70/2003- e salvo che non offra la prova di aver adottato una serie di precauzioni, come indicate dal co. 4 della medesima disposizione (e nello stesso senso, ora l'art. 102 *septies*, I co., l.a.) e cioè: "*a*)aver compiuto i massimi sforzi[57] per ottenere un'autorizzazione, e *b*)aver compiuto, secondo *elevati standard di diligenza professionale di settore*, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari; e *in ogni caso c*)aver agito *tempestivamente*, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti *web* le opere o altri materiali oggetto di

[55] In senso oggettivo ed al di là dell'accertamento di un profilo intenzionale della piattaforma, già nella direttiva europea 2001/29/CE del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, si evidenziava che la nozione di "comunicazione al pubblico" debba essere intesa in senso ampio. Sul punto vedi già Co.Giust. UE 26 aprile 2017 causa C-527/15 (ove si segnala il riferimento alla rilevanza del carattere lucrativo della comunicazione), nonché Co.Giust. UE 14 giugno 2017 causa C-615/15 che peraltro si riferisce proprio ad una piattaforma di condivisione che "mediante l'indicizzazione di metadati relativi ad opere protette e la fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti di tale piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer to peer)"; nonché, con riferimento al collegamento ipertestuale, Co. Giust. 8 settembre 2016 (causa C-160/15).

Sulla configurabilità di una "comunicazione al pubblico", di recente anche Co. Giust. gr.sez. 22 giugno 2021 (cause riun. C-682/18 e C-683/18), ove si evidenzia che l'opera deve esere rivolta ad un pubblico indeterminato e "nuovo", e cioè "che non sia stato già preso in considerazione dal titolare del diritto nel momento in cui egli ha autorizzato la comunicazione iniziale della sua opera al pubblico" (in senso conf., Co. Giust. 19 dicembre 2019, causa C-263/18). Nella stessa sentenza tuttavia, si precisa la rilevanza dell'adozione di altri criteri, quali "il carattere intenzionale dell'intervento" del gestore (ritenuto ricavabile dalla omessa adozione delle "misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente sulla sua situazione per contrastare in modo credibile ed efficace violazioni del diritto d'autore su tale piattaforma").

[56] Il che può avvenire "ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza, al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali" (art. 17, co. 1 dir. n. 790/2019), anche tramite organizzazioni di gestione collettiva (EGI ed OGC) di cui al d.lgs. 15 marzo 2017 n. 35.

[57] Non è identificato il contenuto dei "massimi sforzi": secondo la Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, p. 10, la consultazione delle organizzazioni collettive può essere considerata "as a minimum requirement", ma si auspica che gli Stati membri incoraggino lo sviluppo di "registries of rightholders" consultabili online.

ISSN 2036-7821

segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne *il caricamento in futuro* conformemente alla lettera *b*)"[58].

Questo ultimo punto della disposizione (lett. *c*) ha provocato la contestazione della Polonia, che ne ha chiesto l'annullamento presentando ricorso contro il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea (causa C-401/19), per violazione della libertà di espressione e di informazione di cui all'art. 11 par. 1 Carta Cost. UE (nonché del pedissequo art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

Si è riproposto così (sia pure con diversi profili) la questione del rapporto fra distinti interessi e valori costituzionalmente tutelati, già emersa in occasione della questione di legittimità costituzionale sollevata (di cui *supra*) con riferimento al Regolamento AGCOM di cui alla delibera n. 680/13/Cons.[59].

Qui la normativa non appare del tutto priva di una certa criticità rispetto alle garanzie costituzionali della libertà di espressione e di circolazione delle idee: e ciò specialmente in considerazione del *potere-dovere* (*ex lege* predisposto a carico delle piattaforme) di bloccare il *futuro caricamento* delle medesime opere o contenuti di cui si abbia ricevuto la segnalazione della assenza di autorizzazione o comunque di violazione dei diritti d'autore, da parte dei relativi titolari[60].

---

[58] Acquista dunque una centralità la definizione del criterio di diligenza "al fine di ritenere integrato il criterio dei "massimi sforzi", nel rispetto del principio di ragionevolezza", come espressamente richiesto fra i criteri dettati dalla l. delega 22 aprile 2021 n. 53, art. 9, lett. n.

Difatti la relativa norma di recepimento e cioè l'art. 102 septies I co. lett. a, b e c, l.a., provvede a precisare che – in tutte le tre fasi di valutazione (ai punti a, b e c) il criterio di riferimento è sempre rappresentato dalla osservanza di "elevati standard di diligenza professionale del settore". I parametri di valutazione possono peraltro tener conto (art. 17 par. 4.5 direttiva n. 790/2019 e art. 102 septies II co. l.a.) dei seguenti elementi: "la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o di altri materiali caricati dagli utenti del servizio, nonché la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi". La norma di recepimento si limita ad aggiungere –rispetto alla disciplina comunitaria- che la valutazione deve essere condotta con riferimento alla fattispecie concreta ("caso per caso"); e (precisazione questa, forse superfua), che "in ogni caso non è esente da responsabilità il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online che pratica o facilita la pirateria in materia di diritto d'autore".

[59] Ora, la protezione autoriale si deve ritenere strumento essenziale della manifestazione del pensiero (Co. Giust. UE 10 aprile 2014, causa C-435/12). In conseguenza, la funzione di protezione del diritto d'autore non risulta (di per sé) in contrapposizione con l'art. 21 Cost. it. chè anzi ne rappresenta attuazione. In diritto internazionale, l'art. 27 II co. Dichiarazione universale dei diritti umani, nonché l'art. 6-bis della Convenzione di Berna. Ed in ambito europero, l'art. 17 II co. della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ("la proprietà intellettuale è protetta"), nonché l'art. 118 TFUE. Cfr. infine le Conclusioni dell'Avvocato generale nel proc. C-401/19 Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, punti 137 ss. e 216 ss., ove (pur riconosciuto il pericolo dell'attuazione di blocchi preventivi illegittimi ed in violazione così della libertà di espressione) si evidenzia al contempo (e nell'ambito di una ragionevole ponderazione degli interessi in gioco) "l'importanza del danno causato ai titolari dei diritti dalla messa in rete illecita di loro opere sui servizi di condivisione online".

[60] Il riferimento al "caricamento in futuro" delle medesime opere si allinea alla più recente giurisprudenza (Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, Co. Giust. UE 12 luglio 2011 C-324/09, Co. Giust. UE 24 novembre 2011, caso Scarlet c. Sabam, Trib. Torino sez. impr. 3 giugno 2015, in Riv.dir.ind. 2017, p. 3 ss.) in ordine alla configurabilità di un

ISSN 2036-7821

Si tratta con ogni evidenzia, della introduzione di un vero e proprio *obbligo di filtraggio*, la cui portata tuttavia non sembra avere valenza generale, ma deve piuttosto ritenersi limitata ad impedire che le opere ed i materiali *già segnalati*[61] quali lesivi dei diritti autoriali vengano *ulteriormente* caricati sulla piattaforma: entro questi confini allora (di reiterazione di condotte manifestamente illecite), la previsione di un blocco preventivo appare potersi giustificare.

Il prestatore di servizi di condivisione *online* deve qui provvedere ai massimi sforzi (secondo il medesimo criterio di diligenza di cui alle lett. *a* e *b*), per impedire la ripetizione dell'illecito: la possibilità gli è data dall'utilizzazione dei sistemi di intelligenza artificiale fondati sull'utilizzazione di algoritmi (già peraltro in uso presso le principali piattaforme) che consentono agevolmente il riconoscimento della identità delle opere e materiali caricati, in modo da consentirne automaticamente un *blocco preventivo*.

E questo è di certo un aspetto alquanto delicato e potenzialmente in contrasto con le garanzie costituzionali: non può escludersi infatti un blocco ingiustificato di caricamento, sia laddove le opere in origine segnalate non siano manifestamente

obbligo (preventivo) di filtraggio consistente nella "prevenzione o rimozione di nuove violazioni prevedibili, relativamente allo stesso contenuto digitale illecito" (E. TOSI, La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019, cit., p. 226 ss.).

[61] Qui si ripropone la problematica dell'accertamento della sufficienza dell'informazione ("a sufficient substantied notice for the removal of content": Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market), da cui risulti manifesta l'illiceità (ancorchè non accertata giudizialmente). In particolare, "the notice should bee sufficiently precise and adequately substantied to enable the service providers to take an informed and diligent decision in respect of the content to which the notice relates, in particular whether or not that content is to be considered illegal content. In particular, the notice should contain an explanation of the reasons why the notice provider considers that content to be illegal content and a clear indication of the location of that content" (p. 17). Ed i criteri di valutazione possono includere "the lengh size of the identified content used in the apload, the proportion of the matching/identified content in relation to the entire upload (eg. whether the matched content is used in isolation or in combination whith other content) and the level of modification of the work …" (p. 22).

Cfr. sul punto anche le Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-401/19 Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, cit., p. 21, secondo cui l'esercizio del blocco preventivo risulta legittimo in presenza di "contenuti che sono identici o equivalenti alle opere e agli altri materiali protetti identificati dai titolari dei diritti".

ISSN 2036-7821

illecite[62] sia in presenza di opere successive che presentino significative differenze rispetto a quelle precedentemente segnalate[63].

Ma è altresì evidente che l'ordinamento è chiamato ad una scelta, e che la disciplina comunitaria sembra aver soddisfatto l'esigenza di un rafforzamento di fronte al rischio (ben più grave) di una sostanziale deriva verso la caducazione della protezione autoriale *online*.

In effetti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 5.2 par. 1 sancisce l'ammissibilità di limitazioni alla libertà di espressione "purchè previste dalla *legge*", sia rispettato il *contenuto essenziale* del precetto ed osservato un *criterio di proporzionalità*.

---

[62] Ed in effetti, come specificato dall'art. 17 par. 7 della Direttiva n. 790/2019, non si deve "impedire la disponibilità di contenuti che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi".

Vedi in merito, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio di Stato del 4 giugno 2021, Orientamenti relativi all'articolo 17 della direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, ove si chiarisce che il contenuto caricato non può mai ritenersi in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi se rientra nella operatività delle eccezioni previste dall'art. 17 par. 7 II co. della Direttiva, se l'utilizzazione è effettuata da parte di coloro che ne detengano o abbiano acquistato i relativi diritti, ovvero se comunque si tratta di contenuti non protetti dal diritti d'autore (perché divenuti di dominio pubblico o non siano dotati della necessaria creatività).

[63] Non sembra che il gestore della piattaforma possa sottrarsi all'obbligo in presenza di opere con lievi variazioni formali (magari create ad arte per sfuggire i sistemi di riconoscimento automatico), dovendosi invece riferirsi ad un parametro di identità sostanziale. E' evidente però che qui si apre l'ulteriore questione della rilevanza di una elaborazione creativa ex art. 4 l.a. (e del consenso dell'autore dell'opera originaria), e così del confine di demarcazione (tutt'altro che semplice) con il plagio. Sembra che la responsabilità del gestore possa configurarsi in presenza del caricamento di opere identiche o con lievi variazioni formali da cui emerga una illiceità manifesta.

E' questo forse, uno degli aspetti più spinosi della nuova disciplina, destinato di certo a riemergere in sede applicativa. Sul punto, vedi anche la Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, p. 22, per cui se "the user has significantly modified the work in a creative manner, for example by adding elements to a picture to create a "meme", would generally not be manifestly infringing (this example may be covered by the parody exception)".

In effetti, al di là del plagio-contraffazione (dato, come noto, dalla sussistenza di differenze di mero dettaglio, cfr. Cass. 27 ottobre 2005, n. 20925), ove risulta pervero evidente l'appropriazione dell'opera altrui, appare alquanto problematico richiedere –da parte del gestore- l'espletamento di un giudizio valutativo nel merito intrinseco del contenuto delle opere, e rispetto all'accertamento di un plagio evolutivo (su cui cfr. Cass. 11 febbraio 2019, n. 3106; sul plagio in generale, vedi P. SPADA, Variazioni sul tema del plagio musicale, in Riv.dir.civ. 2003, II, p. 1 ss., G. CASABURI, Commento a Cass. 19 febbraio 2015, in Foro it. 2015, I, 2032 ss., R. MONGILLO, Opere dell'ingegno, idee ispiratrici e diritto d'autore, Napoli, 2016).

Il punto appare però alquanto problematico, specialmente in connessione alla valutazione della legittimità delle eccezioni, in particolare per quanto concerne la parodia o pastiche prevista dall'art. 102 nonies l.a. (contraddistinta da un margine di discrezionalità valutativa alquanto ampio).

In merito, la Co. Giust. UE nella sentenza C-401/19 del 26 aprile 2022 identifica proprio nella utilizzabilità di siffatta eccezione un argomento atto a supportare l'osservanza del principio di proporzionalità, onde giustificare la limitazione del diritto di libertà di espressione e di informazione. Qui si entra però in un percorso accidentato, dove la ragionevolezza di sistema sembra agganciata alla efficienza dei sistemi di machine learning ed alla valutazione della verifica umana richiesta dalla disciplina di recepimento nazionale.

ISSN 2036-7821

Ed è proprio su questa base, anche in considerazione della previsione dei meccanismi di reclamo e ricorso "celeri ed efficaci" (ex art. 17 par. 9, dir. n. 790/2019)[64] e della salvezza di operatività dei regimi di eccezione e limitazione al diritto d'autore prevista dall'art. 17 par. 7 dir. n. 790/2019[65], che il ricorso proposto dalla Polonia è stato rigettato con la recente Co. Giust. UE gr.sez. C-401/19 del 26 aprile 2022[66].
E tuttavia, le questioni sollevate sono presumibilmente destinate ad essere riproposte in sede contenziosa, specialmente in presenza dello sviluppo di una tendenza espansiva di pratiche di blocco preventivo.
Il pendolo si sposta sul fronte del *diritto alla difesa* (art. 24 Cost.it.) rispetto alla reale efficacia (e celerità) degli strumenti di reazione: ove si ripropone nuovamente, la delicata questione della opportunità di una implementazione dei poteri amministrativi e così di un rafforzamento del ruolo dell'Autorità Garante per le Comunicazioni ("fatto salvo il diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria", art. 102 *decies*, IV co., l.a.).
In questo ambito, la disciplina trasposta nel d. lgs. n. 177/2021 si contraddistingue per la previsione di un meccanismo di reclamo celere ed efficace secondo apposite linee guida da adottarsi da parte dell'Autorità Garante per le Comunicazioni (cfr. art. 102 *decies* II co. l.a.)[67]; la cui proposizione genera un effetto automatico di disabilitazione

[64] In base al cons. 70 della Direttiva il reclamo è considerato strumento necessario "al fine di raggiungere un equilibrio tra i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Carta"), in particolare la libertà di espressione e la libertà delle arti, e il diritto di proprietà, inclusa la proprietà intellettuale".

[65] Per cui non deve essere pregiudicata "la disponibilità delle opere o di altri materiali caricati dagli utenti nel rispetto del diritto d'autore e dei diritti connessi, incluso il caso in cui tali opere o altri materiali sia oggetto di un'eccezione o limitazione".

La rilevanza dei regimi di eccezioni e limitazioni è sottolineata – fra gli obiettivi principali, nella funzione di "balance fundamental rights" (ed in particolare, con riferimento alla "freedom of expression and the freedom of the arts and the right to property, including intellectual property")- dalla Comunicazione della Commissione europea COM (2021) 288 final del 4 giugno 2021, Guidance on the Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, p. 1 e p. 19 ss..

Sono espressamente dichiarate utilizzabili le seguenti eccezioni (art. 17 par. 7 dir. n. 790/2019 ed art. 102 nonies l.a.): a) edizione, critica, recensione; b) utilizzo a scopo di caricatura, parodia o pastiche.

[66] Il ricorso della Polonia è stato rigettato proprio sulla base della considerazione che "l'obbligo, per i fornitori di servizi di condivisione di contenuti online, di controllare i contenuti che gli utenti intendono caricare sulle loro piattaforme prima della loro diffusione al pubblico, derivante dal regime specifico di responsabilità introdotto dall'articolo 17, paragrafo 4, della direttiva 2019/790, e segnatamente dalle condizioni di esonero previste all'articolo 17, paragrafo 4, lettera b), e lettera c), in fine, di quest'ultima, è stato accompagnato dal legislatore dell'Unione da garanzie adeguate per assicurare, conformemente all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, il rispetto del diritto alla libertà di espressione e d'informazione degli utenti di tali servizi, garantito all'articolo 11 della Carta, nonché il giusto equilibrio tra tale diritto, da un lato, e il diritto di proprietà intellettuale, protetto all'articolo 17, paragrafo 2, della Carta, dall'altro".

[67] Con delibera n. 276/22/Cons del 19 luglio 2022, l'Autorità Garante per le Comunicazioni ha avviato una consultazione pubblica sullo schema di linee guida concernenti i meccanismi di reclamo, tramite cui si "intende formulare puntuali e vincolanti indirizzi operativi" ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, in modo tale da abbattere quanto più possibile la percentuale di errori (cd. "falsi positivi") osservando la celerità del procedimento (da trattarsi "senza indebito ritardo") e la soggezione alla "verifica umana", ex art. 17 par. 9 della Direttiva.

ISSN 2036-7821

temporanea nelle more della decisione (art. 102 *decies* III co. l.a.); e fatta salva la possibilità di procedere ulteriormente alla contestazione della relativa decisione, con ricorso a proporsi innanzi alla Autorità Garante per le Comunicazioni secondo le modalità (anche qui)[68] a stabilirsi in base ad un regolamento della stessa Autorità, ex art. 102 *decies* II co. l.a., di cui si attende a breve l'emanazione[69].

Nell'Allegato A alla detta delibera sono indicati: nella parte A la ricognizione dei criteri di riferimento ricavabili dalla Direttiva; mentre nella parte B, sono previste le regole procedurali del reclamo.

Sui criteri di riferimento, si evidenzia come il diritto di procedere al reclamo non sia comprimibile in alcun modo e che debbano essere pubblicizzati dai Prestatori di servizio nelle condizioni generali i requisiti di ricevibilità; le decisioni reclamabili possono derivare da una disabilitazione all'accesso o rimozione ex ante dei contenuti ritenuti "manifestamente lesivi" del diritto d'autore o dei diritti connessi (blocco preventivo), ovvero da una disabilitazione o rimozione disposta ex post a seguito di una segnalazione sufficientemente motivata presentata dai titolari dei diritti (notice and take down).

In particolare con riferimento ai blocchi preventivi, in ordine alla "manifesta lesività" si riporta l'orientamento della Corte di Giustizia UE (sentenza C-401/19) per cui i prestatori di servizio non siano tenuti ad un obbligo generale di sorveglianza, e su questa base si rileva come "la disabilitazione all'accesso o la rimozione ex ante devono pertanto ritenersi lecitamente effettuati … allorquando il prestatore –facendo uso di sistemi elettronici di filtraggio o rimozione che verificano la corrispondenza tra i files caricati dagli utenti e i files ex ante forniti dai titolari dai diritti- agisce sulla base delle informazioni "pertinenti e necessarie" fornite ex ante dai titolari dei diritti o, ai sensi dell'art. 102-septies, comma 1, lett. c), ultima parte (che ovviamente includano impronte digitali elettroniche, files o quanto necessari per effettuare i controlli elettronici automatizzati)".

Quanto ai tempi della decisione sul reclamo, nell'ottica di garantire la celerità si prevede un termine di venti giorni (salvo che si tratti di Nuovi prestatori, in tal caso si amplia a trenta), a seguito di una trattazione ispirato ad una forma di contraddittorio semplificato fra titolare dei diritti e utente. In particolare, cfr. art. 6 Allegato B, co. 3-6: "3. se il Prestatore non ritiene che il reclamo sia irricevibile, ne informa tempestivamente il Titolare dei diritti e inoltra a quest'ultimo l'istanza di reclamo dell'Utente. 4. Il Titolare dei diritti deve confermare i motivi della richiesta di disabilitazione o rimozione, giustificando la natura lesiva del caricamento specifico oggetto di reclamo entro 7 giorni dall'inoltro dell'istanza di reclamo da parte del Prestatore. 5. Se il Titolare dei diritti non riscontra l'istanza di reclamo o non conferma i motivi alla base dei quali è stata assunta la Decisione, il meccanismo di reclamo o non conferma i motivi alla base dei quali è stata assunta la Decisione, il meccanismo di reclamo si conclude e il Prestatore rende immediatamente disponibile il contenuto oggetto di reclamo. 6. Se il Titolare dei diritti conferma i motivi alla base dei quali è stata assunta la Decisione, il Prestatore è tenuto a effettuare la verifica umana sul contenuto oggetto di reclamo tramite soggetti qualificati".

[68] Con la stessa delibera n. 276/22/Cons del 19 luglio 2022, l'Autorità Garante per le Comunicazioni ha avviato una consultazione pubblica sullo schema di regolamento concernente la risoluzione della controversie fra prestatore di servizi di condivisione di contenuti online ed utenti, riportato all'Allegato B.

Nello schema si prevede la possibilità di ricorrere entro novanta giorni dalla decisione sul reclamo ovvero dallo spirare del relativo termine senza che si assuma alcuna decisione (art. 3 I co.). Anche qui si prevede l'inammissibilità del ricorso se già risulta pendente un procedimento innanzi all'Autorità giudiziaria (art. 3, III co.) e l'improcedibilità nel caso in cui l'azione innanzi all'Autorità giudiziaria intervenga in corso di contestazione (art. 3 IV co.).

Il procedimento si deve concludere nel termine di trentacinque giorni dal ricevimento della istanza (art. 5, I co.), con lo svolgimento di un contraddittorio snello che consente la presentazione di memorie e il deposito di documenti da parte del prestatore (art. 5 II co.); nonché la partecipazione del titolare dei diritti laddove ne facciano motivata richiesta l'utente o il prestatore (art. 5, III co., e forse questo è un punto critico del procedimento perché non sarebbe inopportuna una partecipazione obbligatoria del titolare dei diritti). La decisione dell'Autorità ex art. 7, è impugnabile innanzi all'autorità giudiziaria amministrativa.

[69] Si segnala l'esigenza di garantire (ex art. 24 Cost.it.) un'adeguata difesa a fronte di eventuali blocchi illegittimi da parte dei gestori di piattaforme, in quanto i contenuti non risultino manifestamente illeciti ovvero comunque rientrino nel campo di applicazione dei previsti regimi di eccezioni e limitazioni (ex art. 17 par. 7, dir. n. 790/2019

ISSN 2036-7821

Risalta inoltre l'assoggettamento delle decisioni in ordine alla richiesta di disabilitazione o rimozione di contenuti ad una "verifica umana" (ex art. 102 *decies* I co. l.a.)[70]: il che rappresenta un opportuno correttivo introdotto dal legislatore nazionale proprio al fine di limitare il rischio di errori, nella operatività di meccanismi di blocco automatico, su cui peraltro anche la Corte di Giustizia Europea gr.sez. nella recente sentenza C-401/19 del 26 aprile 2022 incentra l'attenzione[71]: evidenziando come siffatti sistemi in tanto possono essere ritenuti legittimi in quanto risultino effettivamente in grado di distinguere i contenuti leciti da quelli illeciti[72].

---

ed art. 102 nonies, II co., lett. a e b, l.a.). Ma si deve anche tener conto del rischio concreto di comportamenti inerti da parte degli utenti, che risultino caricati del peso di far valere i propri diritti, su cui vedi l'analisi empirica di J.M. URBAN – B. SCHOFIELD, Notice and Takedown in Everyday Practice, in UC Berkeley Public Law Research Paper n. 2755628, 22 marzo 2018.

[70] Il che si può abbinare all'utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale (sottoposti a verifica umana), come peraltro già in fondo avviene (e vedi in Youtube: i software di riconoscimento di contenuto denominati "Content ID", "Youtube Audio ID" e "Youtube Video ID") tramite ricorso a forme di algoritmo per il riconoscimento automatico dei contenuti, per quanto risulta dalla Comunicazione COM (2017) n. 555 del 28 settembre 2017.

Tramite la predisposizione di un "hash numerico" (hashing), ovvero una marcatura numerica (watermarking), si può efficacemente procedere alla individuazione delle medesime opere impedendone il caricamento: in merito, cfr. J.P. MOCHON, Rapport de mission – Une application effective de droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage: Etal de l'art ed propositions sur les outils de reconnaissence del contenus, Conseil supérieur de la proprieté littéraire ed artistique, 29 gennaio 2020.

[71] La Corte di Giustizia Europea ha preliminarmente riconosciuto che in effetti il nuovo regime introdotto dalla direttiva n. 790/2019 si risolve nella possibile compressione dei principi di libertà di espressione e di informazione di cui all'art. 11 par. 1 della Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea; ma che siffatta compressione si ritiene complessivamente giustificata in applicazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1 e 3 della medesima Carta) in virtù di una serie di ragioni che non possono prescindere dalla valutazione nel suo insieme della disciplina di cui all'art. 14 della direttiva (non risultando scorporabili le disposizioni in via principale specificamente contestate, di cui alle lett. b e c di quella disposizione).

La Corte ha quindi affermato la necessità di procedere ad un contemperamento equilibrato (e cioè, nell'ottica di un ragionevole balance) nel raffronto fra i principi di libertà di informazione ed espressione con la tutela del diritto della proprietà intellettuale, anch'esso espressamente protetto dalla Carta cost. UE, all'art. 17. Percorso interpretativo, che conclude per la legittimità della limitazione, alla condizione della verifica della osservanza del principio di proporzionalità.

Giudizio che -secondo la Corte- riscontra un esito positivo, in considerazione essenzialmente della compresenza di questi elementi: a) la disciplina presuppone che le misure automatiche di blocco non sono legittime se impediscono il caricamento di contenuti leciti; b) sono previste una serie di rilevanti eccezioni (fra cui spicca, quella a titolo di parodia o pastiche); c) non è stabilito alcun obbligo generale di sorveglianza; e d) è prevista l'introduzione di adeguate garanzie procedurali a tutela della libertà di espressione e di informazione, qualora sia impedito il caricamento di contenuti leciti.

[72] Ma è proprio questo forse il punto critico, atteso che andrebbe empiricamente dimostrato, quale che sia il margine di certezza di funzionamento di questi sistemi.

In merito, l'allegato A alla delibera AGCOM n. 276/22/Cons del 19 luglio 2022 evidenzia la necessità di ricorrere a sistemi tecnologici che "si conformino alle best practice di settore vigenti sul mercato in un dato momento e si dimostrino efficaci rispetto agli obiettivi perseguiti", e ciò allo scopo di evitare un fenomeno di "overblocking".

Nello stesso documento l'Autorità precisa come l'efficacia del funzionamento di questi sistemi non possa comunque "prescindere dalla collaborazione con i titolari dei diritti, nell'individuazione di precise informazioni "pertinenti e necessarie"; ed evidenzia come, al fine di "garantire l'efficacia dei meccanismi di reclamo … i Prestatori dovrebbero fornire all'Autorità una rendicontazione periodica sui contenuti bloccati".

ISSN 2036-7821

In definitiva, il nuovo regime di responsabilità sembra volgere nel senso di un complessivo aggravamento del regime probatorio di esonero, puntando sull'accentuazione del livello di *diligenza* che si fonda e giustifica sulla *professionalità* dell'operatore di condivisione di contenuti *online* e che acquista senza dubbio una sua specialità nell'ambito dell'*internet service provider*: a questi si richiede infatti una particolare accortezza nello svolgimento dell'attività[73] che implica un incremento a monte dei costi organizzativi[74].

Gli effetti economici della riforma non sono difficili da prevedere: un sicuro aggravio di costi (e dunque indirettamente un minor lucro) da parte delle piattaforme di settore (che per tale ragione si sono fermamente opposte all'approvazione della direttiva)[75], e con ogni probabilità un significativo incremento del contenzioso in materia (specialmente in una prima fase, di assestamento della normativa).

---

[73] Fenomeno questo da inquadrarsi nell'ambito della generale tendenza ad un ampliamento della "responsabilità civile d'impresa", su cui vedi E. TOSI, La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019, cit., p. 226 ss.

[74] Si tratta di una diligenza che in realtà presuppone l'osservanza a monte di una regola di adeguatezza organizzativa fondata sulla rilevanza della attività effettivamente svolta. Ciò significa che (in assenza della predisposizione di adeguate misure organizzative) risulta violato un dovere di omessa prevenzione del rischio dell'utilizzo non autorizzato di opere dell'ingegno, ex ante.

Peraltro, trattandosi di imprenditore collettivo o societario, questo dovere sembra potersi inquadrare -in termini di species- rispetto a quello di portata generale oramai stabilito dall'art. 2086 II co. c.c. (come riformato ex art. 375 I co. cod.ins. fra le modifiche richieste al codice civile, d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, Codice della crisi e dell'insolvenza) di istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa".

Ed è un dovere predisposto chiaramente in funzione preventiva rispetto al rischio dell'insorgenza di una responsabilità verso terzi (da comportamento omissivo, ex art. 2043 c.c.). Diversamente però dal sistema normativo della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (art. 7, II co., d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231) ove si può efficacemente adottare –onde esonerare l'ente- un "modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi" e fra cui può rientrare anche un delitto inerente la violazione del diritto d'autore (espressamente cfr. art. 25 novies del medesimo d.lgs. n. 231/01); l'osservanza di questa regola preventiva non appare condizione di esonero della responsabilità civile tout court ma sembra implicitamente richiesta ai fini dell'adempimento dei criteri di diligenza richiesti dalla norma.

Resta d'altra parte espressamente esclusa (art. 17, par. 8, dir. n. 790/2019; art. 102 septies co. 4 l.a.) la configurabilità di un obbligo generale di sorveglianza, per cui anche un inquadramento nella disciplina della responsabilità per attività pericolose ex art. 2050 c.c. non sembra in definitiva appropriato (per quanto il raffronto non sia privo di una qualche sia pur parziale sovrapponibilità).

Piuttosto sembra essersi in presenza di una speciale forma di responsabilità aggravata che richiede l'assolvimento di specifici elementi probatori in termini di diligenza, che trovano giustificazione e si spiegano essenzialmente in funzione della dimensione complessiva dell'attività.

Nel senso invece della configurabilità di un vero e proprio obbligo di protezione del service provider (in ragione di un principio di affidamento creato dalla rete nell'accesso al sito), A. DI MAJO, La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione, in Corr.giur. 2012, 557.

[75] La direttiva è espressamente rivolta al perseguimento di un obiettivo di riequilibrio economico fra gli ingenti guadagni delle piattaforme online ed i creatori delle opere dell'ingegno, per il tramite delle imprese editoriali (o comunque concessionarie-licenziatarie) cui siano stati ceduti di diritti d'autore.

ISSN 2036-7821

E poichè soltanto le organizzazioni più rilevanti appaiono in grado di creare quella struttura *adeguata* all'osservanza degli *standard* normativi richiesti (ed a fronteggiare il carico dell'ampio numero di contestazioni presumibilmente a venire), sembra ragionevole attendersi uno sviluppo del mercato di riferimento a vantaggio di pochi grandi operatori (e dunque in senso oligopolistico)[76].

5. *Conclusioni: interesse dell'impresa e sviluppo tecnologico, espansione in chiave protezionistica dei confini di protezione della tutela autoriale e soluzioni di compromesso (con qualche necessaria cautela).*

A questo punto, si può tracciare qualche riflessione finale sulle linee di sviluppo della disciplina autoriale nella tutela *online* della proprietà intellettuale.

Le istanze socio-culturali dirette ad un superamento degli istituti portanti del diritto d'autore in nome di una pretesa libertà del *web* non hanno ad oggi avuto prevalenza.

Non si può negare tuttavia che nella nuova disciplina vi sia qualche punto di compromesso: in questo senso milita (rispetto alla protezione delle pubblicazioni giornalistica ex art. 15 dir. n. 790/2019 ed art. 43 *bis* l.a.) la deroga per gli estratti "molto brevi" di pubblicazioni giornalistiche, nonchè l'esenzione dal campo soggettivo di applicazione di numerosi operatori (fra cui ad es. *Wikipedia*, tutto il mondo del *service no profit* e dell'*open source*) in nome di un interesse non lucrativo che rievoca al fondo gli interessi generali del bene comune della collettività; e quanto alla disciplina della responsabilità del prestatore di servizi di condivisione *online* (ex art. 17 dir. n. 790/2019 e art. 102 *sexies* ss. l.a.) la proporzionalità in funzione delle dimensioni dell'*internet service provider*, la salvezza dei regimi di limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore, la speciale diligenza richiesta (specialmente con riferimento alla fattispecie –come si è visto- non priva di problematicità, del futuro caricamento delle medesime opere), ed infine la predisposizione delle indispensabili garanzie di difesa.

---

[76] Ciò che tuttavia risulta in parte mitigato dalla attenuazione del regime probatorio di esenzione della responsabilità per i nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, a seconda che abbiano iniziato l'attività da meno di tre anni ed un fatturato annuo inferiore a dieci milioni di euro (art. 17, par. 6, dir. n. 790/2019, ed art. 102 octies I co. l.a.), ovvero il fatturato sia superiore a cinque milioni (II co. della medesima disposizione).

Per i primi, ad escludere la responsabilità basta provare aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione (secondo il medesimo criterio di diligenza professionale) ed aver agito tempestivamente (a seguito della ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata) per disabilitare l'accesso alle opere ed altri materiali notificati (o rimuovere dai siti web tali opere o altri materiali).

Per i secondi invece, l'esenzione di responsabilità richiede anche la prova di aver compiuto "i massimi sforzi per impedire il futuro caricamento di opere o di altri materiali segnalati per i quali i titolari dei diritti hanno fornito informazioni pertinenti e necessarie".

Un meccanismo di gradualità questo, in funzione dell'intrapresa della nuova attività e del livello di fatturato raggiunto, che risponde proprio ad un ratio di diversificazione del regime di (prova delle condizioni di esenzione della) responsabilità in rapporto alle esigenze di un principio di adeguatezza organizzativa e nel tentativo di scongiurare la produzione di un sostanziale effetto antimonopolistico di barriera di accesso al mercato (per l'insostenibilità dei costi iniziali).

ISSN 2036-7821

Si tratta quindi di verificare l'effettiva applicazione della nuova disciplina, specialmente con riferimento alla valutazione della diligenza del *service provider* di condivisione di contenuti *online*, su cui sussiste un concreto rischio di squilibri di protezione e disomogeneità di tutela, anche a livello territoriale (nazionale e comunitario); e per questa ragione, si è previsto (ex art. 2 d.lgs. 8 novembre 2021, n. 177) un primo *chek* dei profili applicativi della nuova disciplina, tramite una relazione da trasmettersi dalla Autorità Garante per le Comunicazioni (il cui ruolo appare sempre più centrale) alle Camere entro due anni (dalla data di entrata in vigore).
Ma, a parte questi rilievi critici, si può di certo convenire che la nuova disciplina sia orientata verso un rafforzamento della protezione della tutela autoriale, sia per quanto riguarda l'utilizzo delle notizie giornalistiche che l'intermediazione svolta dai prestatori di servizi di condivisione *online* (nonché degli autori artisti ed esecutori in generale anche a garanzia di una remunerazione più equa[77]): complessivamente ne

[77] Su cui –per qualche prima osservazione- vedi V. FALCE – M.L. BIXIO, Brevi note sul principio di fair remuneratione fair contract nella Direttiva copyright, in Riv.dir.ind. 2020, p. 261 ss., ove si evidenzia l'obiettivo strategico del rafforzamento dell'industria culturale e creativa.

Ora, gli art. 18 – 23 della dir. n. 790/2019 si riferiscono alla tutela di autori ed artisti (interpreti od esecutori) nella direzione di assicurare loro una maggiore tutela, trattandosi della "parte contrattuale più debole" (cons. n. 72), e tenendo conto che "la remunerazione …dovrebbe essere adeguata e proporzionata al valore economico effettivo o potenziale dei diritti concessi in licenza o trasferiti" (cons. n. 73). L'art. 18 nello stabilire il principio della "remunerazione adeguata e proporzionata" afferma (II co.) che "nel recepire il principio stabilito al paragrafo 1 nel diritto interno, gli Stati membri sono liberi di utilizzare meccanismi di vario tipo e tengono conto del principio della libertà contrattuale e di un giusto equilibrio tra diritti e interessi".

I caratteri essenziali della disciplina sono i seguenti: l'art. 19, par. 4, dir. n. 790/2019, stabilisce il diritto ad avere informazioni "aggiornate, pertinenti e complete sullo sfruttamento delle loro opere" anche laddove i diritti siano stati concessi in licenza e salvo che il contributo dell'autore o dell'artista non sia significativo; l' art. 20 prevede un meccanismo di adeguamento contrattuale, con diritto a "rivendicare una remunerazione ulteriore adeguata ed equa dalla parte con cui hanno stipulato un contratto per lo sfruttamento dei diritti o gli aventi causa, se la remunerazione inizialmente concordata si rivela sproporzionatamente bassa rispetto a tutti i proventi originati in un secondo tempo dallo sfruttamento delle loro opere o esecuzioni"; a tal fine si prevede (art. 21) la predisposizione di una "procedura alternativa di risoluzione delle controversie".

In attuazione della direttiva, l'art. 1 lett. q del d.lgs. n. 177/2021 ha inserito gli art. 110 ter - 110 septies l.a., all'interno delle norme generali del capo II "Trasmissione dei diritti di utilizzazione".

Si tratta di una serie di norme, riproduttive della disciplina comunitaria, che si contraddistinguono per l'accentuazione della protezione di autori ed artisti interpreti esecutori in ordine all'adempimento di doveri informativi e di trasparenza (art. 16 quater l.a.) da parte dei concessionari, licenziatari e sublicenziatari, e sotto la vigilanza (e connesso potere sanzionatorio) della Autorità Garante per le Comunicazioni; ma che finiscono in fondo per rinnovare (sia pure senza sconvolgimenti di sistema) la disciplina della trasmissione dei diritti d'autore.

In particolare, l'art. 110-quinquies l.a. introduce un meccanismo di riadeguamento contrattuale; l'art. 110-sexies l.a. ("fermo restando il diritto di adire l'autorità giudiziaria") rimette all'AGCOM la risoluzione delle controversie inerenti l'adempimento degli obblighi di trasparenza e l'adeguamento contrattuale; l'art. 110 septies l.a. riconosce agli autori ed interpreti artisti esecutori, il diritto di chiedere la risoluzione del contratto di concessione (in licenza ovvero con trasferimento in esclusiva) dei diritti d'autore in caso di omesso sfruttamento dell'opera nel termine stabilito dal contratto, non superiore a cinque anni o a due anni dalla disponibilità dell'opera (e salva la facoltà di assegnare un "termine congruo", elasso il quale è consentito revocare l'esclusiva o risolvere il contratto); ed in

ISSN 2036-7821

risulta in fondo preservata (ed anzi, per certi versi rafforzata) la struttura tradizionale della tutela autoriale di fronte al rischio di un superamento in nome di un principio di assoluta libertà di informazione.

In realtà il conflitto in corso è ben lungi dall'essere risolto, perché è molto più profondo di quanto *prima facie* appaia: è *realmente* fra l'uomo e la tecnologia, che nell'opera di *artificial intelligence* si palesa in modo diretto, mentre rispetto alla utilizzazione di *internet* si nasconde dietro le spoglie del nuovo mezzo di comunicazione.

Il punto è che se la tecnologia riesce a creare un'opera in concorrenza con quella umana e se la stessa consente la trasmissione a distanza della opera dell'ingegno in modo sostanzialmente immediato, si ripropone in forma diversa quella tentazione della originaria tesi negazionista *proudhoniana* che la protezione autoriale sia una sovrastruttura non essenziale ed anzi contraria alla libera circolazione della cultura, tanto da essere destinata ad un progressivo ma ineludibile esaurimento della sua funzione.

La contrapposizione di fondo sociale proprietà letteraria – interessi borghesi, sembra oramai del tutto superata ed in effetti anche le aspettative economiche degli autori di opere dell'ingegno (quanto meno, quelle letterarie salvo rare eccezioni) sono in genere alquanto modeste.

L'interesse primario oggi sembra piuttosto essere quello dell'*impresa* nella intermediazione svolta fra gli autori ed i consumatori finali, per la segnalata prevalenza della funzione produttivistica nella moderna impostazione della proprietà intellettuale.

Su questa base, la tendenza evolutiva che emerge sembra andare in una direzione complessivamente conservatrice della struttura della disciplina autoriale, ed in favore di un rafforzamento della funzione di protezione dell'opera dell'ingegno.

E' presto certo, troppo presto, per poter dire che questa sia la tappa finale di consolidamento del percorso, ma il diritto della proprietà intellettuale ad oggi –di fronte alle evoluzioni della tecnologia- non solo resiste contro le tentazioni di una libertà assoluta del *web*, ma sembra orientarsi verso una estensione rilevante dei propri orizzonti.

---

recepimento dell'art. 23 dir. n. 790/2019, il nuovo art. 114 bis dispone infine la inopponibilità di qualsiasi pattuizione contraria.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Protezione dei dati personali *post mortem*, tra ereditarietà e trasmissibilità

di Filippo Lorè

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

Sommario

1. Introduzione; 2. L'applicazione del diritto europeo e del diritto interno, in materia di privacy, ai servizi della società dell'informazione; 3. Il valore dell'identità digitale nella successione mortis causa; 4. L'attività del Garante per la protezione dati personali; 5. Considerazioni finali.

Abstract

This contribution moves away from the room for maneuver left open by the European legislator on the protection of personal data, in favor of the Member States and with the issuing of ad hoc provisions, in recognition of the protection of confidentiality in favor of deceased natural persons. This guarantee, expressly provided for by the revised Privacy Code, as found in this work, outlines food for thought, to be reconciled with the succession law.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il Regolamento UE 2016/679 riconosce in capo ai soggetti interessati, ai sensi e per gli effetti del disposto normativo, una elencazione di diritti ascritti nell'alveo del più generale diritto all'autodeterminazione informativa che sancisce la facoltà di presidiare il flusso delle proprie informazioni e rappresenta una imprescindibile prerogativa per la corretta interpretazione della materia *de qua*[1].

Il legislatore europeo in materia di protezione dati, così come rimarcato al Considerando 27 del Reg. UE 2016/679, esonera dall'applicazione della normativa di riferimento i dati personali delle persone decedute, lasciando alla normazione degli Stati membri la competenza a regolamentare gli aspetti di tutela delle informazioni riferite ai suesposti soggetti[2]. In linea continua con la vecchia formulazione del Codice privacy, che all'art. 9, comma 3, recitava che l'esercizio dei diritti sui "*dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione*", si inserisce l'art. 2-*terdecies* del Codice privacy novellato che, sfruttando lo spazio di manovra aperto dal Reg. UE 2016/679, fornisce riprova della specificità del diritto italiano, approntando rilevanti elementi di novità[3]. Dalla lettura della Relazione illustrativa del decreto di armonizzazione al Reg. UE 2016/679, viene in evidenza come l'articolo in commento rappresenti un elemento di svolta per gli ambiti inerenti i diritti della personalità, anche "*digitale*", da pacificare con la normativa successoria, in base alle diverse posizioni di diritto e di interesse[4]. Rispetto alle disposizioni dell'art. 9, comma 3, della vecchia formulazione del Codice, l'attuale disposizione del legislatore in materia di privacy, con una forte spinta innovatrice, riconosce al di fuori delle limitazioni espressamente previste per legge, l'esercizio dei diritti dell'interessato, di cui agli artt. da 15 a 22 del Reg. UE 2016/679, a chi abbia un interesse proprio o agisca a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario o per particolari ragioni familiari, meritevoli di tutela[5]. Il comma 2, in ulteriore complemento, prevede che tali diritti non possano essere esercitati, limitatamente all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, se l'interessato lo ha

[1] N. BERNARDI, a cura di, *Privacy. Protezione e trattamento dati*, 2019, Wolters Kluwer Italia, Milano, p. 283 e ss.

[2] N. NAVARRO, *Herencia y protección de datos de personas fallecidas. a propósito del mal denominado "testamento digital"*, in Rev. der. priv., 2020, 61, nota 8.

[3] Sull'adeguamento della normativa nazionale al Reg. UE 2016/679 cfr. anche V. CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento al codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in Corriere giuridico, 2018, p. 1181 ss.; E. FACCIOLI, M. CASSARO, *Il "GDPR" e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi: accountability e privacy by design*, in Dir. ind., 2018, p. 561.

[4] A. MANIACI, A. d'ARMINIO MONFORTE, *Eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione negoziale*, in Corr. giur., 2020, 1373 ss.; Iid., Digital asset e problemi di diritto successorio, in Aa.Vv., Banche, intermediari e Fintech. I nuovi strumenti digitali in ambito finanziario, a cura di Cassano - Di Ciommo - Rubino De Ritis, Milano, 2021, 332; A. d'ARMINIO MONFORTE, La successione nel patrimonio digitale, Pisa, 2020, 69.

[5] G. ZICCARDI, *La morte dell'utente, le politiche delle piattaforme e il rapporto tra il lutto e il digitale*, in Aa.Vv., Tecnologia e Diritto, II, Informatica Giuridica, a cura di Ziccardi - Perri, Milano, 2019, 204.

ISSN 2036-7821

espressamente vietato con dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento o a quest'ultimo comunicata. Tale volontà deve, però, risultare in modo non equivoco. In ogni caso tale divieto non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte di terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato, nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi[6].

All'interno dello Spazio economico europeo, non può tacersi la rilevantissima questione analizzata dalla giurisprudenza tedesca. Invero, due genitori, a seguito della dipartita della figlia minore, in circostanze poco chiare all'epoca dei fatti, ricorrevano al Tribunale di Berlino, al fine di intimare ad un noto *social network* l'accesso al profilo dell'interessata, quale utile via per desumere la presenza di un disagio della *de cuius*, tale da indurre la stessa ad un gesto suicidario[7]. I giudici del primo grado, esaminata la richiesta, accordavano tale facoltà, motivando la decisione sul fatto che i pensieri espressi da un interessato, seppure in ambiente digitale, come nel caso di specie, sono assimilabili, in via analogica, ad un diario segreto e, pertanto, ereditabile, a mente delle disposizioni del codice civile tedesco[8]. Senonché, il *provider* della piattaforma *social*, avverso la sentenza, proponeva appello ai giudici della Corte d'appello di Berlino, manifestando la violazione del diritto alla riservatezza dell'interessato e l'assenza di idonea garanzia per l'esercizio del diritto all'oblio della minore. I giudici di secondo grado, muovendo dalle deduzioni della Corte Costituzionale tedesca, secondo la quale la segretezza delle telecomunicazioni assumeva rango superiore rispetto ai dettami diritto successorio, ritenevano che tale assioma fosse attribuibile, per analogia, all'impianto di messaggistica presente sulla piattaforma *social*. La successiva impugnazione dei familiari della de *cuius* ha spinto la Corte federale di giustizia tedesca alla conferma della decisione assunta in primo grado, statuendo che la pretesa degli eredi di accedere all'*account* dell'interessata è trasmissibile *iure hereditario*[9]. Non valgono quale limitazione delle esigenze conoscitive neppure i diritti personali *post mortem* dell'utente defunto e la normativa rilevante in materia di protezione dati personali[10].

---

[6] G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in «Le Nuove Leggi Civili Commentate», 2017, 1, p. 1 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, 2016, Giappichelli, Torino.

[7] G. ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti. Memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*, 2017, Torino; F. OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in Giust. civ., 2002, p. 157 ss.; A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento di dati personali*, in Eur. dir. priv., 2018.

[8] M. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, in Nuova giur. civ. comm., 2012, p. 645 ss.

[9] BGH, 12 luglio 2018, n. 183/17, in Nuova Giur. Comm., 2019, 693.

[10] La Suprema Corte tedesca, in merito, così statuiva: "[…] *L'attrice è legittimata ad esigere dalla convenuta che la stessa autorizzi la comunità degli eredi ad accedere all'account della defunta, nonché ai contenuti ivi presenti. Una tale pretesa è trasmissibile iure hereditario e a ciò non ostano né il diritto post-mortale della personalità, né la riservatezza delle telecomunicazioni, né normative di protezione dei dati personali e neppure il generale diritto di personalità dei partner di comunicazione della defunta*"

ISSN 2036-7821

Altra vicenda attiene all'emanazione di un provvedimento d'urgenza, preordinato a garantire, che, durante il tempo occorrente per far valere il proprio diritto in via ordinaria, questo fosse minacciato da un pregiudizio irreparabile. Con ricorso cautelare d'urgenza, ex artt. 669-bis e 700 c.c., i ricorrenti intendevano recuperare le fotografie, i video e gli altri dati contenuti nel dispositivo del congiunto[11]. Il Tribunale di Bologna, riconosciuto il titolo del *fumus boni iuris* e, conseguentemente, il diritto dell'erede ad entrare nella disponibilità di beni digitali ereditari[12] per "*ragioni familiari meritevoli di protezione*", come pure provata la fondatezza di un imminente pericolo di "dispersione informativa", rappresentato dal titolare del trattamento, a seguito dell'inattività dell'*account*, hanno accolto il ricorso, condannando il fornitore del servizio a fornire ogni attività di supporto ai ricorrenti, al fine di portare in salvo i dati dagli *account* del defunto, generando un nuovo *account Apple ID* e migrando su quest'ultimo i dati del defunto disponibili su *iCloud*, sempre fornendo le relative chiavi di accesso alla parte ricorrente, o, in alternativa, consegnando, in analogia con quanto disposto dal Tribunale di Roma, le *password* dell'*account* intestato al defunto[13] [14].

L'analisi in esame, pertanto, muove i passi da diversi casi di specie, collocati nell'alveo servizi della società dell'informazione, tramite il coinvolgimento delle c.d. *Big Tech*[15]. Nel dicembre 2020 un giovane, a seguito di un incidente stradale nel quale veniva coinvolto, perdeva la vita. I genitori, venuti a conoscenza che sul *mobile devices* del *de cuius* risultava essere opzionato dall'utente, sui server di *Apple*, il servizio di sincronizzazione automatica, *iCloud*, utile, tramite idonea autenticazione, a recuperare i contenuti disponibili sullo *smartphone*, inoltravano, con conseguente diniego, prima istanza ai dati, documenti e informazioni rivenienti dall'account dell'interessato. La mancata ostensione del patrimonio informativo, riferito all'interessato, veniva giustificata dal titolare del trattamento, quale atto dovuto, in virtù della mancata emanazione, quale idonea base giuridica legittimante il

[11] Cfr. anche G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2018, p. 17; R. CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in Trattato del contratto, diretto da Roppo, VI, Interferenze, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 605 ss.; G. BONILINI, *Dei legati, sub. art. 649*, in Comm. cod. civ. Schlesinger, Milano, 2006, p. 142 ss.; F. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in Trattato di diritto delle successioni e donazioni, diretto da G. BONILINI, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 528.

[12] F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, II, Il Regolamento europeo 2016/679, Torino, 2016, p. 60.

[13] Tribunale di Bologna, Sezione prima, ordinanza 25 novembre 2021.

[14] Cfr. L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in Notariato, 2014, p. 144 ss.; U. BECHINI, *Password, Credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007, 2007, disponibile all'URL http://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf.

[15] All'esito di una istruttoria condotta dal Mediatore europeo e facendo seguito alle pressioni esercitate dagli attivisti dell'ICCL Irlandese, la Commissione europea ha, domandato a tutte le Autorità garanti nazionali di presentare relazioni bimestrali, confidenziali, sulle procedure transfrontaliere attive su larga scala, al fine di verificare la corretta applicazione del GDPR.

ISSN 2036-7821

trasferimento, di un provvedimento giurisdizionale *ad hoc*[16]. Tale *conditio* veniva in evidenza anche alla luce dell'*Electronic Communications Privacy Act International*, emendato poi dal *Communications Privacy Act*[17], dalla cui lettura di evince che per ottenere l'accesso alle comunicazioni elettroniche, archiviate da un fornitore di servizi, indipendentemente da dove sia ubicata la persona o le informazioni ad essa relative, si rende necessario un ordine di esecuzione, a cura dell'Autorità giudiziaria. Di tal che, i genitori promuovevano ricorso, a mente degli artt. 669-*bis* e 700 c.p.c., diretto ad acquisire l'accesso alle informazioni di carattere personale risiedenti nella partizione del profilo digitale (*account*) dell'interessato.

Più nel dettaglio, i soggetti ricorrenti, tramite giudizio cautelare, manifestavano il pericolo di dispersione delle informazioni, a seguito di inoperosità sull'*account*[18], asserendo, tramite l'esercizio, a memoria dell'art. 2-*terdecies*, D.Lgs n. 196/2003 e s.m.i., il diritto di ottenere il patrimonio digitale, relativo al materiale audio e video presente sul *device*, con il precipuo scopo di onorare la memoria dell'interessato. Il Giudice investito, in merito, accoglieva il ricorso e condannava *Apple Italia S.r.l.* a fornire assistenza ai ricorrenti nel recupero dei dati contenuti nell'account *iCloud* del defunto[19]. Due gli asserti emersi nel corso del segnalato giudizio, che impattano in merito alla presente trattazione: il difetto di una volontà dell'interessato, atta a inibire l'esercizio dei diritti connessi ai suoi dati personali *post mortem* e, invero, *conditio* per legittimare i prossimi congiunti all'esercizio del diritto di accesso alle informazioni di carattere personale del defunto; la documentabilità, a cura degli affini, della volontà di realizzare iniziative, impegnate nel sociale, in memoria del *data subject*, con la correlata esigenza di entrare nella disponibilità delle evidenze presenti nel *cloud*.

Nella pronuncia *de qua*, il giudice analizza la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris*, prendendo spunto dal disposto dell'art. 2-*terdecies* del Codice Privacy, laddove prevede, in via generale, la sopravvivenza dei diritti dell'interessato dopo l'evento della sua morte e la possibilità del loro esercizio, *post mortem*, da parte dei soggetti

---

[16] S. BONAVITA, S. STRINGHI, *La "morte digitale". Il caso di icloud e dell'accesso ai dati del de cuius*, in Diritto di Internet, 2021, 267 ss.

[17] O. KERR, *The next generation Communications Privacy Act*, University of Pennsylvania, Law Review, vol. 162, no. 2, 2014, pp. 373–419. JSTOR, *http://www.jstor.org/stable/2424789.*

[18] Il Tribunale di Milano, nell'ordinanza del 9 febbraio 2021, quanto alla possibilità di dispersione delle informazioni del defunto, così argomentava: *"[…] Con riferimento al periculum in mora, basti osservare che, come specificamente allegato da parte ricorrente (con riferimento a nozioni di comune esperienza), la Apple aveva fatto presente che i propri sistemi, dopo un periodo di inattività dell'account i-cloud sarebbero stati automaticamente "distrutti". Il pericolo di un pregiudizio grave ed irreparabile all'esercizio dei diritti connessi ai dati personali del figlio defunto dei ricorrenti appare, pertanto, in re ipsa*".

[19] I giudici meneghini, nel medesimo giudizio, rigettando ogni ulteriore domanda o eccezione, così disponevano: *"[…] condanna la Apple Italia S.r.l., quale società appartenente al gruppo Apple (tramite cui opera la Apple Distribution International LTD) a fornire assistenza a XXXXXXXXX nel recupero dei dati dagli account del sig. XXXXXXXXX nella procedura denominata "trasferimento" volta a consentire ai ricorrenti l'acquisizione delle credenziali d'accesso all'ID Apple del predetto sig. XXXXXX*".

ISSN 2036-7821

legittimati, pur nel silenzio della legge sull'originaria natura dell'istituto (acquisto *mortis causa* oppure legittimazione *iure proprio*?). Nel quinto comma dell'art. 2-*terdecies*, il legislatore, prevedendo che il divieto non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi, ha operato un bilanciamento tra i diversi interessi in campo. Cosicché, il giudice lombardo ha riconosciuto ai ricorrenti la legittimazione all'accesso dei dati personali del figlio, rintracciando quelle "*ragioni familiari meritevoli di protezione*" presenti nella *littera legis*, attesa la non conoscenza di diversa volontà dichiarata dall'interessato quando era ancora in vita. Il secondo comma della citata norma, infatti, prevede che l'esercizio dei diritti di cui al comma 1 non è ammesso nei casi previsti dalla legge o quando, limitatamente all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione, l'interessato lo ha espressamente vietato con dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento o a quest'ultimo comunicata.

Parimenti, di recente, anche il Tribunale di Roma è stato investito di analoga questione[20], lì dove i giudici, riscontrando l'assenza di eloquente e contraria manifestazione di volontà del defunto, pur sempre in ottemperanza alle condizioni contrattuali stipulate con il *provider* digitale coinvolto, hanno statuito, *iure successionis*, l'accoglimento della richiesta del soggetto istante ad accedere ad informazioni e dati personali riferiti all'*account Cloud* dell'interessato[21]. Ne deriva, evidentemente, che le esigenze correlate alla conservazione della memoria dell'individuo, nell'ambito di un contesto familiare, rappresentano elementi meritevoli di adeguata protezione, tanto da spingere la giurisdizione a travalicare le pretese di protezione dell'identità digitale, anche nei confronti di soggetti terzi, disponendo per l'ostensione dell'identificativo *ID* e della associata chiave di accesso[22].

Nell'ordinanza in commento, il Giudice ha ribadito che l'accesso ai dati personali, in tali casi, non è consentito soltanto ove l'interessato abbia espresso, con una disposizione scritta, frutto di una libera e proattiva manifestazione di volontà, il desiderio di vietare tale accesso. Né la mancata ostensione dei dati ai terzi può derivare dalla mera "*accettazione delle condizioni generali di contratto al momento dell'acquisto del dispositivo*" da parte dell'interessato, la cui volontà (negativa), per essere valida, deve essere espressa in maniera libera, informata e specifica. Peraltro,

[20] Tribunale di Roma, Sezione ottava, ordinanza del 10 febbraio 2022.

[21] Secondo A. MANIACI, *"[…] Il Tribunale di Roma ha affermato che le condizioni generali di contratto, contenenti clausole che non consentono la trasferibilità mortis causa del contratto o che dispongono l'estinzione dei diritti sull'ID Apple in caso di decesso del contraente, non essendo oggetto di una specifica approvazione (per iscritto), né adeguate a valorizzare l'autonomia delle scelte delle parti, non possono ostacolare il diritto degli eredi ad accedere ai dati del defunto"*.

[22] V. BARBA, *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, 282 ss.; A. Vesto, *Successione digitale e circolazione dei beni online. Note in tema di eredità digitale*, Napoli, 2020; si noti, altresì, A. Magnani, *Il patrimonio digitale e la sua devoluzione ereditaria*, in Vita not., 2019, 1208 ss.

ISSN 2036-7821

anche tale pronuncia è ancorata al fatto che il ricorrente agisce *iure proprio* sulla scorta degli accennati interessi meritevoli di protezione di natura familiare, "*destinati a rafforzare la memoria del tempo vissuto insieme e da conservare tali immagini a beneficio delle figlie in tenera età*".

Giova rilevare che, quando le questioni attengono la gestione di beni digitali, custoditi negli *account*, diviene imprescindibile considerare il fattore temporale. La puntualità di intervento si rivela sostanziale, osservato che i supporti tecnici su cui risiedono i dati personali, oltre che per indecifrabilità delle chiavi di accesso, possono essere soggetti ad obsolescenza tecnologica o destinatari di eventi di *data breach*[23].

Pertanto, i casi summenzionati pongono una riflessione in ordine ai vari interessi in gioco. La materia dell'accesso ai dati, anche di natura personale, di una persona deceduta, oltre agli arresti giurisprudenziali nazionali, è stato oggetto di diversi interventi del Garante per la protezione dei dati personali. In tali casi, giova riequilibrare le esigenze di rispondenza ai principi applicabili al trattamento dei dati personali e, più in generale, alla tutela della riservatezza di soggetti terzi, protagonisti delle interazioni intercorse, tramite *devices*, con il defunto[24].

Di talché, nel corso degli anni si è avuta una semplificazione delle procedure riguardanti l'esercizio dei diritti degli interessati. In passato, ciò invocava gli interventi giurisprudenziali, mentre oggi, il Reg. UE 2016/679 e il Codice della privacy, fotografano dei meccanismi stragiudiziali. Pertanto, è necessario che venga agevolato e potenziato (a cura dei titolari del trattamento) l'esercizio di tali diritti, con la previsione di una sorta di "eredità digitale", alla stregua di quanto implementato e sperimentato da diversi *social network*. In tal modo, potrebbe realizzarsi appieno l'accennata svolta per gli ambiti inerenti i diritti della personalità, anche di natura "*digitale*", nell'intento di soddisfare l'interesse proprio o di chi agisca a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario o per particolari ragioni familiari, meritevoli di tutela.

2. L'applicazione del diritto europeo e del diritto interno, in materia di privacy, ai servizi della società dell'informazione

I servizi della società dell'informazione, modulati sulla base dell'imperante progresso tecnologico, fotografato dai Consideranda 6 e 7 al Reg. UE 2016/679, chiamano il legislatore e, ancor più, la giurisprudenza, alla non agevole applicazione

[23] L. CHENG et al., *Enterprise data breach: causes, challenges, prevention, and future directions*, WIREs Data Mining Knowl Discov 2017, 7:e1211. doi: 10.1002/widm.1211

[24] Cfr. anche, in tal senso, V. ZENO-ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, nota a TAR Sardegna, in Riv. giur. sarda, 2013, p. 433 ss.; A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in Notariato, 2014, p. 519 ss.; F. CRISTIANI, *Il diritto alla protezione dei dati personali oltre la vita nell'era digitale*, in Resp. civ. prev., 2015, p. 2031 ss.; I. SASSO, *La tutela dei dati personali 'digitali' dopo la morte dell'interessato (alla luce del Regolamento UE 2016/679)*, in Dir. succ. fam., 2019, 181 ss.

ISSN 2036-7821

di talune fattispecie che impattano, inevitabilmente, sul libero godimento delle libertà fondamentali delle persone fisiche. Diviene necessario, allora, vagliare alcune tipicità che possono rilevare, quale la naturale frammentazione normativa dei singoli Paesi, che rende arduo il compito dei fornitori di servizi di governare le istanze degli eredi[25]. Giova rammentare che, in ordine ai servizi dell'*information technology*, è facoltà dell'interessato inserire, in previsione futura, sulle piattaforme dallo stesso frequentate, un c.d. contatto erede, sempre nell'ambito dell'accordo sottoscritto con i detentori dell'applicazione. Diversamente, l'art. 2-*terdecies* del novellato Codice privacy non ricomprende, all'interno del disposto normativo, alcun riferimento al potenziale accordo contrattuale intercorrente tra utente e fornitore[26]. Di tal che, non si può negare che in caso di disposizione testamentaria a favore di un soggetto terzo, secondo autorevole dottrina, la volontà del *de cuius* troverà soddisfazione, superando, altresì, le riserve contrattuali, anche in tema di intrasferibilità dei dati e delle informazioni, poste dal *provider*.

Sempre più frequentemente, i *provider* della società dell'informazione concedono agli interessati, in caso di registrazione di decesso, la facoltà di designare un vero e proprio erede, un utente al quale garantire l'accesso, anche parziale, alle informazioni contenute nella partizione di attività digitale svolta dal *de cuius*. In alternativa, nelle più ampie garanzie di autodeterminazione dell'utente, è opzione consentita all'interessato la cancellazione del proprio patrimonio informativo digitale (oltre che per naturale inattività dei profili)[27], arginando le prerogative attribuite dalla normativa in materia di *data protection*, così come rimarcato a tenore dell'art. 2-*terdecies*, comma 2, D.Lgs n. 196/2003 e s.m.i., ove, con manifestazione espressa, "*l'interessato lo ha espressamente vietato con dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento o a quest'ultimo comunicata*". Con riferimento alla appena menzionata forma "*scritta*", utile a negare l'esercizio dei diritti sui dati personali dell'interessato, da parte di terzi, a mente del Reg. UE 2016/679, sempre in ordine al contesto dei servizi dell'informazione, tale modalità, consentita dai *big tech*, non soggiace ad alcun vincolo di forma. Sicché, secondo una interpretazione estensiva della norma del legislatore italiano in materia di protezione dei dati personali, analogamente a quanto verificato per la sottoscrizione delle clausole vessatorie, art. 1341 c.c., in ambiente digitale, può ritenersi soddisfatto l'assunto legislativo del novellato Codice privacy, in presenza della compilazione di spunte all'interno di *box* elettronici o

[25] A. MANIACI – A. D'ARMINIO MONFORTE, *La prima decisione italiana in tema di "eredità digitale": quale tutela post mortem dei dati personali?*, in Corriere Giuridico, 2021, o. 661 ss.

[26] A. CICCIA MESSINA, *Il codice privacy in Italia. Come cambia dopo il D.lgs. n. 101/2018*, 2018, Wolters Kluwer.

[27] A. SORO, *La protezione dei dati personali nell'era digitale*, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2019, 2, p. 343 ss.; S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in Consulta on line, 2021, fasc. II.

ISSN 2036-7821

ulteriore misura informatica (*cfr*. *flag* non preimpostati[28]), aderente al D.Lgs n. 82/2005 e s.m.i., all'uopo predisposta dal *provider*[29]. In altre parole, viene alla luce il bisogno di delineare, con certezza, modalità, termini e formalizzazione della predetta manifestazione di volontà, *conditio sine qua non* per attestare l'aderenza ai dettati del Reg. UE 2016/679 e del D.Lgs n. 196/2003 e s.m.i. e per scongiurare, così, il pericolo di incorrere in ipotesi di nullità della volontà dell'interessato[30].

Sicché, a fronte delle innumerevoli contese, non possono ignorarsi talune tipicità, come la difficoltà, per i *service provider*, di articolare un sistema in grado di aderire alle diverse normative comunitarie e a quelle collocate fuori dallo Spazio economico europeo. Così come viene in emersione l'instaurazione di un accordo contrattuale, tra *user* e provider, che fotografa, oltre la previsione di cancellazione di tutti i dati del defunto, altresì clausole di intrasmissibilità del rapporto contrattuale, unilateralmente predisposte e derogatorie all'ordinaria disciplina.

Ulteriore questione è quella relativa al rispetto delle pretese di tutela della *privacy* dei soggetti terzi, con i quali il *de cuius* ha intrattenuto relazioni. In ordine a tale aspetto, vi è da raggiungere un equilibrio che consenta di contemperare le esigenze di tutela della riservatezza e l'esercizio dei diritti sui dati personali del defunto, a cura del terzo richiedente.

---

[28] Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, Sentenza del 1° ottobre 2019, «*Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale. Ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell'informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l'interessato accetta il trattamento proposto. Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle. Il consenso dovrebbe applicarsi a tutte le attività di trattamento svolte per la stessa o le stesse finalità. Qualora il trattamento abbia più finalità, il consenso dovrebbe essere prestato per tutte queste. Se il consenso dell'interessato è richiesto attraverso mezzi elettronici, la richiesta deve essere chiara, concisa e non interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso*».

[29] Tribunale di Napoli, Sentenza del 13 marzo 2018, n. 2508, lì dove si statuisce che *"[…] gli strumenti tecnologici impiegati per la stipula del contratto telematico ontologicamente non si prestano ad assecondare le previsioni dell'art. 1341 c.c. in tema di specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie presupponendo tale norma l'esistenza di un modulo a stampa sottoposto alla firma del contraente che, in ambito telematico, viene sostituita dalla compilazione online di un formulario […] e dalla presa visione e accettazione con la tecnica del point & click delle condizioni contrattuali a cui rimanda con un link (c.d. collegamento ipertestuale) e dalla definitiva conferma della propria volontà negoziale attraverso la medesima tecnica […]*". Un orientamento più restrittivo, sostenuto dal Giudice di pace Milano Sez. VI, Sent., 28 gennaio 2019; cfr. Giudice di Pace di Trapani, 14 ottobre 2019, evidenzia che "[…] *la procedura point and click (o anche solo mediante click), pur valendo come consenso contrattuale, non è idonea a soddisfare il requisito della specifica approvazione della clausola vessatoria così come richiesta dall'art. 1341 comma 2 c.c. […]*".

[30] Cfr. anche F. BRAVO, *Lo "scambio dei dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in Contratto e impresa, 2019, p. 38 ss.; S. F. GIOVANNANGELI, *L'informativa agli interessati e il consenso al trattamento*, in Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy), a cura di R. PANETTA, Milano, 2019, p. 133; G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2018, p. 411 ss.; C. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*, in Nuova giur. civ. comm., 2018, nota a Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, p. 1781.

ISSN 2036-7821

3. Il valore dell'identità digitale nella successione mortis causa

La caratteristica della gratuità, con cui si propongono i servizi digitali, rappresenta, invero, uno dei punti di forza che confermano l'impostazione del nuovo capitalismo digitale, in cui l'utente è assoggettato al "predominio contrattuale" dei grandi *player* della società dell'informazione. L'incedere delle nuove tecnologie, difatti, porta a considerare l'espressione "identità", come un mosaico di identità digitali, quasi preponderanti rispetto a quelle fisiche, dislocate sul *web* e connotate da un profondo processo di trasformazione, che abbandona quell'idea di staticità esistenziale, a favore di una concezione dinamica, che contribuisce alla piena costruzione dell'individuo[31]. Nel corso gli ultimi anni, il diritto alla rete è mutato sino ad evolvere in assioma imprescindibile, tant'è vero che il suo riconoscimento tra i diritti fondamentali dell'individuo agita il dibattito dottrinale e giurisprudenziale: la finalità risiede nell'eliminare il c.d. *digital divide*, colpevole dell'affermazione di diseguaglianze e dell'innalzamento delle vulnerabilità più ricorrenti.

In mancanza di una disciplina nazionale generale che introduca idonee prescrizioni nel perimetro dell'eredità digitale, diviene sfidante determinare la corretta disciplina nella trasmissione, *mortis causa*, di beni e rapporti giuridici, per l'appunto di natura digitale[32]. Infatti, nello spazio delle nuove tecnologie, non vale il brocardo *actio personalis moritur cum persona*[33].

I beni digitali, in base alla loro specifica natura, sono classificabili in patrimoniali e non patrimoniali. I primi, inevitabilmente, sono connotati dal loro valore economico, i secondi, lungo l'incessante utilizzo di macchine computazionali e il ricorso a reti interconnesse cui la società assiste, sfuggono ad una rigorosa collocazione, potendo essere ricompresi, in tale segmento, elementi quali *file* all'interno di *device* informatici, *computers*, dispositivi di archiviazione dati e informazioni, cristallizzati in sistemi di *storage*. Pertanto, l'identità digitale di un interessato è composta dai beni digitali dello stesso utente, cui sia possibile accedere tramite idonei sistemi di autenticazione, o da qualsiasi informazione, riferita al medesimo soggetto, reperibile in rete, anche liberamente. Tale specificazione rileva, anche sotto il profilo della tutela dei dati personali, in merito alla trasmissibilità, *mortis causa*, dei beni digitali e delle

[31] R. BERTI, S. ZANETTI, *La trasmissione mortis causa del patrimonio e dell'identità digitale: strumenti giuridici, operativi e prospettive de iure condendo*, Diritto dei Media, Law and Media Working Paper Series, pp. 5-8.

[32] A. MANIACI, A. d'ARMINIO MONFORTE, *Eredità digitale tra silenzio della legge ed esigenze di pianificazione negoziale*, in Corr. giur., 2020, 1373 ss.

[33] Autorevole dottrina (ripresa da V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in Riv. dir. civ., 2017, 334), riporta che le nuove tecnologie di matrice informatica ben potrebbero aderire alle disposizioni di ultima volontà a contenuto non patrimoniale.

ISSN 2036-7821

informazioni ivi contenute, del defunto, a prescindere dal fatto che quest'ultimo abbia disposto o meno le proprie volontà per il dopo vita[34].

In assenza di disposizione avversa, appare pacifico che i *device* fisici e le relative basi di dati ricadano nella sfera di proprietà degli eredi. Al contrario, una più complessa analisi è richiesta, nell'ambito della c.d. *Digital Legacy*, ove si rinvengono i beni archiviati in sistemi di conservazione *online*, in grandi *repositoriy* protetti da chiave di sicurezza[35]. Ne deriva che, diversamente da quanto affermato per i beni digitali risiedenti all'interno del dispositivo fisico[36], che assumono valore patrimoniale, per le informazioni contenute negli *storage*, soggette a sistemi di autenticazione, detenute dai colossi del settore dell'*Information Technology*, appare quantomai opportuno operare una riflessione che ponderi, adeguatamente, gli interessi in gioco, tenendo in adeguata considerazione la pervasività della normativa in materia di protezione dati personali[37].

Tenendo ferma l'interpretazione originaria del principio della patrimonialità della successione[38], desunto all'interno del nostro impianto normativo, in tema di successione, ci si deve interrogare su quali diritti e beni siano esposti a valutazione economica, allo scopo di discernere, poi, tra beni (e servizi) digitali, destinati a far parte dell'eredità del *de cuius*, e beni (e servizi) digitali, aventi un aspetto prettamente personale, preclusi agli eredi e ostensibili ai prossimi congiunti, secondo il meccanismo c.d. "*vocazione anomala*", in aderenza alla lettura, estensiva, dell'art. 93, L. 633/1941, allorquando si parla di diritto d'autore[39]. Di tal che, usualmente sono considerati intrasmissibili i diritti non patrimoniali, ovvero tutti quei beni a contenuto personale o familiari che sono valutati soltanto per la loro rispondenza "*a interessi individuali, familiari, affettivi o sociali*[40]".

---

[34] V. ZENO-ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, nota a TAR Sardegna, 18 febbraio 2013, in Riv. giur. sarda, p. 433 ss.; A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in Notariato, 2014, p. 519 ss.; F. CRISTIANI, *Il diritto alla protezione dei dati personali oltre la vita nell'era digitale*, in Resp. civ. prev., 2015, p. 2031 ss.

[35] CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Password, credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG, Approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica l'11 maggio 2007, disponibile al seguente link: https://notariato.it/wp-content/uploads/6-07-IG-1.pdf.

[36] Si pensi, in tal senso, ad un file risiedente all'interno di un *personal computer*, quest'ultimo privo di sistemi di protezione, utili ad inibire l'accesso al suddetto *device*.

[37] I. SASSO, *Privacy post-mortem e "successione digitale"*, in Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy, a cura di E. Tosi, 2019, Giuffré Francis Lefebvre, Milano, p. 553 ss.

[38] Sul concetto di successione cfr. U. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 29; R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in Noviss. dig. it., XVIII, 1971, p. 611; A. DE CUPIS, *Successione*. I. Successione nei diritti e negli obblighi, in Enc. dir., XLIII, Milano, 1990, p. 1251; G. BONILINI, *Successione in generale, e successione testamentaria, nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in Fam. pers. succ., 2006, p. 585

[39] Non può tacersi, invero, che oggetto della successione digitale *mortis causa* non sono solamente i beni (materiali e digitali), bensì anche i rapporti contrattuali di cui era parte il defunto.

[40] A. MANIACI, A. D'ARMINIO MONFORTE, *"Eredità digitale" e accesso ai dati personali del defunto*, Commento alla Sentenza del Tribunale di Roma, sezione ottava, ordinanza 10 febbraio 2022; Giud. Maria Luparelli, in Diritto di Internet, 3/2022, pp. 570-572.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, i recenti orientamenti dottrinali[41] spingono verso l'ammissibilità della successione *mortis causa* per i rapporti extrapatrimoniali, adducendo l'esigenza di una ponderata verifica, da svolgere caso per caso[42]. All'interno della definizione di patrimonio di un interessato e nella parametrazione di natura economica, utile a scindere tra patrimonialità e personalità dei beni in gioco, il legislatore italiano in materia di protezione dei dati personali ammette a soggetti, all'uopo riconosciuti, di sostituirsi alla posizione della persona deceduta, nell'esercizio dei diritti, cristallizzati nel Reg. UE 2016/679, quale l'accesso alle immagini, conservate in ambiente online, pur sempre nel rispetto della disciplina relativa al diritto di autore[43]. Tale facoltà, ad ogni modo, può trovare soddisfazione qualora il fornitore che gestisce le informazioni personali *online* del defunto, in virtù dell'ambito di applicazione tratteggiato dal Reg. UE 2016/679 e della decisione della Corte di Giustizia UE del 13 maggio 2014 (sentenza ai più nota per il riconoscimento del diritto all'oblio, esercitato da un cittadino spagnolo), disponga di una sede o uno stabilimento all'interno dello Spazio economico europeo[44].

Nondimeno, al netto della posizione dottrinale assunta sulla intrasmissibilità (o meno) agli eredi dei beni (e servizi) digitali di carattere personale, al defunto è demandata la possibilità di azionare dei meccanismi, utili a tramandare il proprio patrimonio digitale, così da valicare gli assunti standardizzati, rivenienti nel contratto stipulato con il *provider*. Pertanto, il tema del trasferimento degli *asset* digitali si pone, con energia, in merito ai servizi offerti dai colossi del *web*, ai quali è consentito accedere solo previa autenticazione.

L'*account*, ebbene, non può configurarsi come un "bene digitale", bensì attesta un vincolo contrattuale tra *service provider* e *user*, a tenore del quale l'interessato può godere di un servizio e di uno spazio virtuale, modulabile con specifiche funzionalità. La dicotomia tra *account* e "bene digitale" trova riconoscimento nel fatto che l'*account* resta nella proprietà del fornitore di servizi e la sua fruizione è condizionata dal contratto sottoscritto elettronicamente dall'interessato, patto in cui si evincono clausole che arginano il subentro degli eredi e che contemplano la

[41] P. FRANZINA, A. LEANDRO, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, 2013, pp. 209-215.

[42] F. TROLLI, *La destinazione post mortale dei dati raccolti dal titolare del trattamento*, in Ricerche giuridiche, 2019, 8, 1.

[43] A. MARCHINI, *Effetti patrimoniali del sopravvenuto accertamento della morte sulla successione dello scomparso, dell'assente e del morto presunto*, BioLaw [Internet]. 13 giugno 2022;(1S):129-65. Available at: https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/2313.

[44] P. CHRISTIAN, S. BECHTOLD, *Regulatory Spillovers and Data Governance: Evidence from the GDPR*, Marketing Science, 2022, 41, pp. 746-768.

ISSN 2036-7821

cancellazione del patrimonio informativo dell'utente deceduto o, ad ogni modo, la sua incomunicabilità[45].

Le soluzioni percorribili e ipotizzabili si traducono nella comunicazione, ad un soggetto, terzo fiduciario, delle credenziali di accesso, da utilizzare in caso di morte dell'interessato, o nell'esercizio del mandato *post mortem exequendum*, in presenza di diritti non patrimoniali che non possano impattare con i diritti successori degli eredi legittimi. Per altri, invece, con i rischi che inevitabilmente posso emergere nella strutturazione di un rapporto fiduciario particolare, nonché per i labili equilibri correlati alla tutela della riservatezza, l'appianamento si concretizzerebbe nella apposizione di cifratura del testamento, subordinardo l'apertura del documento all'attività di un esecutore testamentario in possesso della chiave di decifratura.

A parere di chi scrive, invece, la responsabilizzazione delle c.d. *Big Tech* sul terreno della privacy e dei dati personali, ancor più delle persone decedute, diviene focale nella nostra società, così fortemente "datificata". La composizione, dunque, può trovare allocazione nella stesura, a cura dell'interessato, in vita, di una scheda testamentaria, indirizzata ai fornitori dei servizi dell'*information technology*, ove far confluire le proprie volontà e individuare, così, i soggetti legittimati all'accesso dei contenuti.

4. L'attività del Garante per la protezione dei dati personali

La netta scelta operata dal legislatore italiano con le modifiche e le integrazioni al D.Lgs n. 196/2003, circa la possibilità di esercitare i diritti, a cura dei soggetti elencati nell'art. 2-terdecies, comma 1, Codice Privacy novellato, in luogo delle persone decedute, conduce al pieno riconoscimento di forme di garanzia sui dati personali afferenti agli individui defunti, sui quali restano invariate le tutele disposte dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali. In altre parole, si rimarca che i diritti tratteggiati dagli artt. 15 a 22 del Reg. UE 2016/679[46], fra cui il diritto di accesso

[45] A favore della natura unitaria della cessione del contratto, cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 2019, p. 674, e, *contra*, R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962. Sulla cessione del contratto quale successione a titolo particolare del rapporto giuridico, cfr. F. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950.

[46] Si evidenzia che il dettato normativo europeo, all'art. 23, Reg. UE 2016/679, nel prevedere, per determinate materie, la limitazione dell'esercizio dei diritti, così recita: "*Il diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può limitare, mediante misure legislative, la portata degli obblighi e dei diritti di cui agli articoli 12 a 22 e 34, nonché all'articolo 5, nella misura in cui le disposizioni ivi contenute corrispondano ai diritti e agli obblighi di cui agli articoli 12 a 22*". Nel panorama normativo nazionale, l'art. 2-*undecies* del Codice privacy novellato così dispone: "*I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento non possono essere esercitati con richiesta al titolare del trattamento ovvero con reclamo ai sensi dell'articolo 77 del Regolamento qualora dall'esercizio di tali diritti possa derivare un pregiudizio effettivo e concreto: a) agli interessi tutelati in base alle disposizioni in materia di riciclaggio; b) agli interessi tutelati in base alle disposizioni in materia di sostegno alle vittime di richieste estorsive; c) all'attività di Commissioni parlamentari d'inchiesta istituite ai sensi dell'articolo 82 della Costituzione; d) alle attività svolte da un soggetto pubblico, diverso dagli enti pubblici economici, in base ad espressa disposizione di legge, per esclusive finalità inerenti alla politica monetaria e valutaria, al sistema dei pagamenti, al*

ISSN 2036-7821

ai propri dati personali, i diritti di rettifica e cancellazione dei dati, il diritto alla limitazione del trattamento, il diritto di opposizione al trattamento, il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato (compresa la profilazione) che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, si sostanziano nella facoltà di esigere che il titolare del trattamento si conformi al principio di *accountability* e, invero, ai fondamentali principi applicabili al trattamento di dati personali[47]. Quanto alla posizione dell'erede, qualora questo si spinga a modificare, con propria azione, le misure tecniche ed organizzative approntate per la conservazione dei dati, fino quasi a rideterminare mezzi e finalità del trattamento, dovrebbe soggiacere agli obblighi regolamentari.

Nel parere reso, su richiesta della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dal Garante sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Reg. UE 2016/679[48], giova rimembrare che l'Autorità di controllo aveva rimarcato, all'originario art.2-*duodecies* del Codice privacy (mutuato, successivamente, nell'attuale art. 2-*terdecies*)[49], che "*si ritiene utile garantire che la volontà dell'interessato di vietare l'esercizio dei diritti di accesso ai dati che lo riguardano non sia condizionata da eventuali valutazioni predeterminate da terzi. Si suggerisce, pertanto, di inserire all'interno della norma un ulteriore comma dal seguente tenore: <<"3-bis. Sono nulle le clausole contrattuali che prevedono disposizioni in contrasto con quanto stabilito dai commi 2 e 3">>. Si valuti, infine, l'opportunità di assicurare un migliore coordinamento della disposizione in esame con la disciplina civilistica rilevante, in particolare in ordine alle implicazioni del divieto di cui ai commi 2 e 3 sull'esercizio, da parte dei terzi, dei diritti patrimoniali derivanti dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difesa in giudizio*". Tale proposta, avanzata opportunamente dal Garante[50], poi, non accolta, trova, secondo l'impostazione del legislatore italiano, la sua *ratio* nell'assunto in base al quale, ad ogni modo, devono ritenersi prevalenti i diritti successori degli eredi rispetto a potenziali clausole contrattuali avallate dal defunto

controllo degli intermediari e dei mercati creditizi e finanziari, nonché' alla tutela della loro stabilità; e) allo svolgimento delle investigazioni difensive o all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria; f) alla riservatezza dell'identità del dipendente che segnala ai sensi della legge 30 novembre 2017, n. 179, l'illecito di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio ufficio […]".

[47] E. LUCCHINI GUASTALLA, *Privacy e data protection: principi generali*, in *Privacy digitale*, a cura di E. TOSI, 2019, Giuffré Francis Lefebvre, p. 86 ss.; G. RUSSO, M. POLINI, *I principi di accountability e di effettività nel nuovo regolamento*, in M. MAGLIO, M. POLINI, N. TILLI, *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*, 2017, Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, p. 127 ss.

[48] Garante per la protezione dei dati personali, *Parere sullo schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679*, 22 maggio 2018, doc. web n. 9163359.

[49] A. CICCIA MESSINA, *Il codice privacy in Italia. Come cambia dopo il D.lgs. n. 101/2018*, 2018, Wolters Kluwer, pp. 120-126.

[50] V. BONAVITA, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)*, in Danno e Responsabilità, 2018, 3, p. 269.

ISSN 2036-7821

che, benché atte a limitare l'acceso ai dati come contemplato dalla disciplina privacy, non possono arginare l'esercizio dei diritti degli eredi al subentro della posizione attiva e passiva del *de cuius*[51] [52].

Senonché, nell'assolvimento delle proprie funzioni istituzionali, si rileva l'intensa attività del Garante per la protezione dei dati personali[53], le cui determinazioni, per quanto attiene la corretta applicazione dell'oramai abrogato art. 9, D.Lgs n. 196/2003, tanto più dell'attuale art. 2-*terdecies* del Codice privacy novellato, registrano una stratificazione su due livelli. Il primo livello attiene alle decisioni prodotte sulla base delle istanze presentate per tutelare un interesse proprio (*rectius*, accesso ai dati) e, come tale, anche di natura patrimoniale, il secondo interessa le conclusioni alle quali si addiviene, a seguito delle domande formulate dagli interessati per difendere "*ragioni familiari meritevoli di protezione*"[54].

Partendo dalle statuizioni del legislatore italiano in materia di tutela della riservatezza, a mente del D.Lgs n. 196/2003, ante D.Lgs n. 101/2018, numerose sono le istruttorie esaminate, in merito, a tutela degli interessi di terzi, dall'Autorità di controllo.

Viene in evidenza come il Garante per la protezione dei dati personali, nella nota formulata anteriormente alla piena applicazione del Reg. UE 2016/679, accoglieva, al fine di appurare la consistenza dell'asse ereditario, le istanze avanzate rivolte nei confronti di un istituto di credito, tese a rendere note agli eredi, pur sempre in adesione ai principi applicabili al trattamento di dati personali, le posizioni riferite ai soggetti defunti, ovvero, in forma intelligibile, "*i rapporti intrattenuti dai defunti con il citato istituto, sia di quelli in essere al momento del decesso che di quelli estinti in precedenza, […] le operazioni effettuate, prima e dopo la morte dei congiunti, in relazione ai suddetti rapporti, ivi compresi i relativi saldi*", nonché "*la liquidazione in proprio favore dell'ammontare delle spese e dei diritti inerenti al ricorso*"[55]. Il Garante, opportunamente, rimarcava che il diritto di ottenere tali dati di natura personale, a memoria delle facoltà attribuite dal legislatore in materia di *data protection*, deve essere garantito gratuitamente e seguendo un *iter* di evasione delle istanze distinto da quello fissato

[51] M. BERATTO, *Il Codice della Privacy*, Diritti riguardanti le persone decedute, Pacini Editore, 2019, pp. 155-157.

[52] E. PELINO, *Condizioni di liceità dell'art. 6.1*, in *Il regolamento privacy europeo*, in Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali, a cura di L. Bolognini, E. Pelino e C. Bistolfi, Milano, 2018, p. 288.

[53] L. CALIFANO, *Il ruolo di vigilanza del Garante per la protezione dei dati personali,* in federalismi.it, 2020, 33, p. 1 ss.; L. CALIFANO, *La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico*, in Rivista di diritto dei media, 2018, 1, p. 8 ss.

[54] Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 3 aprile 2002, doc. web 1065256; Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 22 novembre 2003, doc. web 1053716; Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 18 maggio 2012, doc. web 1912468; Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 1° luglio 2010, doc. web 1738303; Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 17 settembre 2009, doc. web 1656642.

[55] Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 5 aprile 2018, doc. web n. 8994765.

ISSN 2036-7821

dal d.lgs n. 385/1993, in riferimento all'ulteriore distinto diritto del cliente di ottenere copia di interi atti e documenti bancari, contenenti o meno dati personali[56].
Ancora, con nota dell'Autorità di controllo[57], si attesta che differentemente da quanto fotografato dal D.P.R. n. 156 del 1973, la disciplina *privacy* non accorda agli eredi del titolare di una casella postale il diritto, esercitato nei confronti di Poste italiane s.p.a., di ottenere il rilascio dei nominativi dei mittenti e delle date di arrivo della corrispondenza, eventualmente giacente all´interno della casella, in quanto tale patrimonio informativo, classificabile come un insieme di dati personali appartenenti al *de cuius*, ricade nella sua esclusiva disponibilità[58].
Sempre con riferimento allo *status* di eredi, il Garante ha accordato l´accesso ai dati relativi ai genitori defunti, nell'ambito di rapporti, intrattenuti da questi ultimi, con un istituto di credito e con una società di assicurazione, eccezion fatta per quelle informazioni, anche di carattere personale, riferibili a soggetti terzi[59]. Lo stesso assetto è delineato dall'Autorità, chiamata a decidere su un ricorso di un soggetto, volto ad accedere alla cartella clinica della madre deceduta in una casa di cura, nonché all'elenco delle visite alla madre avvenute nel giorno in cui, la *de cuius*, aveva disposto la revoca delle volontà testamentarie in suo favore. A tal riguardo, il Garante, pur riconoscendo il diritto della ricorrente ad accedere alla cartella clinica e al quadro informativo inerente le visite cliniche sostenute dalla madre, ha considerato il ricorso inammissibile, nella parte in cui si ricercava l'accesso alle generalità dei visitatori. Proprio in forza del principio di proporzionalità e in adesione alle garanzie di tutela della riservatezza di soggetti terzi, il titolare del trattamento ha osteso al ricorrente il solo numero aggregato delle visite in dato arco di tempo, nonché gli orari di ingresso registrati nella struttura sanitaria.
Un caso emblematico attiene alla decisione di un giudice americano che respinse, per motivi legati alla tutela della riservatezza, il ricorso dell'erede di un celebre poeta, il quale aveva domandato ad un noto portale *web* (yahoo!) le credenziali, utili ad accedere alla casella di posta elettronica del *decuius*, al cui interno erano custodite le sue opere, atteso che lo stesso interessato non aveva disposto alcuna determinazione in ordine al rilascio delle proprie credenziali di autenticazione[60].

---

[56] Cfr. su questo tema anche la dottrina, quale A. SERENA, *Eredità digitale*, in Aa.Vv., Identità ed eredità digitali, stato dell'arte e possibili soluzioni, A cura di O. Pollicino, V. Lubello, M. Bassini, 2016, Roma, Aracne; G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in Contratto e Impresa, 2019, p. 88.

[57] Decreto del Presidente della Repubblica 29 marzo 1973, n. 156, *Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni.*

[58] Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 19 dicembre 2002, doc. web n. 1067435.

[59] Nel caso de quo, i suddetti eredi avevano prodotto istanza per accedere agli estremi identificativi del beneficiario di una polizza assicurativa stipulata in favore di un terzo da uno dei danti causa.

[60] Corte Suprema del Massachusetts, Sentenza SJC-12237 del 16 ottobre 2017, disponibile all'URL https://www.mass.gov/files/documents/2017/10/16/12237.pdf

ISSN 2036-7821

Viene in evidenza che, storicamente, la riservatezza della corrispondenza[61], scambiata tramite posta elettronica, ha caratterizzato il dibattito accademico, acceso ancor di più quando i casi di specie sconfinano nell'alveo del diritto delle nuove tecnologie[62]. Quanto al suesposto caso giudiziario, gli schieramenti prevalenti si attestano in due filoni: da una parte, una difesa incondizionata del c.d. *right to privacy*, tanto da rimarcare la correttezza della decisione del *provider "Yahoo!"*, dall'altra, una corrente di giuristi ha evinto che, per similari casi, prevalente diviene il diritto successorio e il diritto della comunità a godere delle opere intellettuali create dal poeta. Significativa, a tal riguardo, è la lettura della prima posizione, poi, negli anni rivista, assunta in merito dal Garante per la protezione dei dati personali, all'epoca dei fatti rappresentato dal Presidente Mauro Paissan, il quale, prendendo in esame il summenzionato caso, rappresentava che "*non si può consegnare a nessuno, nemmeno agli eredi, una casella di posta elettronica perché può contenere dati personali non soltanto del defunto ma di tutti i suoi interlocutori. L'accesso va proibito nel modo più assoluto. A differenza di un conto corrente bancario che gli eredi sono legittimati a conoscere una casella e-mail contiene una corrispondenza intima che deve rimanere segreta*". Tale orientamento, oramai accantonato dalla stessa Autorità, trova applicazione nel fatto che, all'alba dell'affermazione dei servizi della società dell'informazione, la tutela dell'identità personale viveva di una relazione univoca, impenetrabile, tra titolare del trattamento e interessato.

Secondo tale impostazione, occorrerebbe definire l'*account* (nell'ambito di un servizio della società dell'informazione) impiegato, dall'utente defunto, per uso privato o per scopi professionali. Un primo orientamento, risalente nel tempo, ha puntualizzato che, in caso di richieste attinenti l'acceso a identità digitale, connessa all'interessato, di natura professionale, si ritiene che il contenuto abbia valore patrimoniale: da qui, la trasmissibilità agli eredi del contratto di *account*. Differentemente, sempre secondo il medesimo indirizzo dottrinale, qualora la richiesta di accesso ai dati riguardi la posta elettronica, ad uso privato, la tutela dell'account spetterebbe solo ai prossimi congiunti, in modo conforme alla disciplina dettata in materia di ritratto o di

[61] La violazione di una *e-mail* viene accostata alla violazione della corrispondenza, poichè l'art. 616 c.p. (violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza) appiana la comunicazione telematica alla comunicazione cartacea. A titolo esemplificativo, appare opportuno rimarcare che anche il semplice plico postale che si riceve a casa non potrebbe essere aperto da soggetto diverso dal destinatario: l'art. 616 c.p. protegge la segretezza e l'inviolabilità del contenuto di una corrispondenza.

[62] L' ordinanza del 10.02.2002 il Tribunale di Milano, chiamato a decidere, per altre finalità, sulla legittimità della richiesta di accesso alla posta elettronica di un lavoratore, così recita: "*la personalità dell'indirizzo non significa necessariamente privatezza del medesimo dal momento che, salve le ipotesi in cui la qualifica del lavoratore lo consenta o addirittura lo imponga in considerazione dell'impossibilità o del divieto di compiere qualsiasi tipo di controllo/intromissione da parte di altri lavoratori che rivestano funzioni o qualifiche sovraordinate, l'indirizzo aziendale, proprio perché tale, può essere nella disponibilità di accesso e lettura da parte di persone diverse dall'utilizzatore consuetudinario a prescindere dalla identità o diversità di qualifica o funzione*".

ISSN 2036-7821

corrispondenza[63]. La tesi oramai maggiormente condivisa rimarca che gli *account* di posta elettronica ricadono nelle norme fissate in materia di rapporti negoziali, senza alcuna classificazione in base alla loro natura o funzione per l'interessato. Di qui, la possibile ostensione delle credenziali di accesso del *de cuius* alle piattaforme informatiche, il cui contenuto è ricompreso nel regime della successione.[64]

Le tutele previste dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali, a favore delle persone decedute è un principio ribadito, a più riprese, dal Garante per la protezione dei dati personali, anche nel parere reso ad una Azienda sanitaria, nell'ambito dell'istanza di riesame, esercitato a mente di quanto sancito dalla disciplina in materia di trasparenza amministrativa, di un provvedimento di rigetto, riguardante un accesso civico ai dati sanitari di un paziente deceduto. La richiesta, relativa ad un caso di presunta malasanità, era stata rivolta all'azienda sanitaria da una persona che attraverso il *Freedom of Information Act* vantava una pretesa di accesso ad informazioni particolarmente riservate[65]. Rileva, a tal fine, che l'Autorità di controllo, preliminarmente all'esame di merito del caso *de quo*[66], ha evidenziato che "*il Regolamento europeo sulla protezione dati, pur escludendo l'applicazione della normativa ai dati delle persone decedute, stabilisce, con una "clausola di salvaguardia", la possibilità per gli Stati membri di prevedere norme che riguardano il trattamento dei dati personali delle persone decedute*"[67]. Competenza che, come riferito, ha esercitato il legislatore italiano, con l'emanazione del D. Lgs. n.101/2018, sancendo che i diritti relativi ai dati personali dei defunti possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione. Da tale assunto scaturisce un regime di garanzie sui dati delle persone decedute, per i quali continuano ad applicarsi le tutele previste dalla disciplina in materia di *data protection*, anche nelle ipotesi di bilanciamento tra opposti diritti[68].

---

[63] F. MORRI, *Il diritto d'autore. Le lettere missive ricevute dal de cuius*, a cura di G. BONILINI, *La successione ereditaria*, in Trattato di diritto sulle successioni e donazioni, I, Milano, 2009, pp. 698 – 703; G. RESTA, *La Morte digitale*, in Dir. Inf., 2014., pp. 904.

[64] S. DELLE MONACHE, *Successione Mortis Causa e patrimonio digitale*, in Saggi, parte II, NGCC, 2/2020; U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa,* in Studio CNN N. 6-2007/IG, Approvato dalla Commissione Studi Informatica Giuridica, pp. 7.

[65] Garante per la protezione dei dati personali, Parere su una istanza di accesso civico - 10 gennaio 2019, doc. web n. 9084520.

[66] La vicenda esaminata rientra dunque in una delle ipotesi di esclusione dell'accesso civico previste dalla normativa sulla trasparenza, che prevede espressamente come l'accesso civico deve essere escluso nei "*casi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge*".

[67] Garante per la protezione dei dati personali, *Dati dei defunti: in Italia continuano a essere tutelati*, Newsletter 25/02/2019.

[68] D. URANIA-GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali*, in Federalismi.it, n. 10, 2018, pp. 10-14.

ISSN 2036-7821

5. Considerazioni finali

Le recenti pronunce, in materia di tutela delle informazioni contenute negli account informatici di utenti defunti, si innestano nel solco del nostro ordinamento giuridico, avendo cura di evidenziare, in particolar modo, l'aspetto dei diritti esercitabili sui dati personali della persona deceduta, non fornendo, d'altro canto, specifiche considerazione sugli ambiti più strettamente successori del patrimonio ereditario digitale. Si sprigiona, in tutta la sua forza, l'affermazione del diritto all'identità personale e alla riservatezza dell'interessato, che il legislatore italiano in materia di privacy, con le proprie formulazioni, ha voluto garantire, anche per il tempo successivo alla morte, attraverso la previsione di un suo diritto a vietare l'esercizio, da parte di terzi, dei diritti sui dati personali che lo riguardano[69].

L'art. 2-*terdecies*, D.Lgs n. 196/2003 e s.m.i, pone in primo piano il rispetto della volontà dello stesso interessato[70], al quale è riconosciuta la protezione della sua "identità digitale", costituita dall'agglomerato di informazioni memorizzate sui suoi account, gestiti da società dell'informazione, al punto da vietare a chiunque di accedervi dopo la sua morte[71].

La disciplina italiana, peculiare nello spazio giuridico europeo, risulta essere, a parere di chi scrive, un sufficiente strumento di tutela, che, tuttavia, opera in maniera meno restrittiva e meno formalistica, laddove confrontata con la normativa ante D. lgs. 101/2018. A conferma di ciò, si pongono le richiamate pronunce dei Tribunali di Milano e Roma, atte a tutelare l'esercizio dei diritti accordati agli interessati in vita dagli artt. 15-22, GDPR, da parte di soggetti terzi, seppure soltanto ove questi ultimi siano debitamente legittimati.

A parere di scrive, orbene, la previsione di una simile volontà, evidentemente non assoluta, incontra le esigenze di bilanciamento con i diritti dei terzi, di tal che la sua concretizzazione pare essere demandata al *service provider* (titolare del trattamento), esclusivo attore in grado di attestare l'istanza di divieto, in quanto suo destinatario, e, come tale, unico soggetto in grado di farla valere.

Senonché, concludendo, se si considera la vicenda di specie relativa al caso analizzato dal Tribunale di Milano, la suesposta azione del *service provider* non si è registrata, verificata la contumacia della Società *Apple* e il difetto di ogni effettivo accertamento sul punto. La mancanza di un divieto, a firma del *decuius*, che avrebbe altresì arginato l'esercizio sui propri dati da parte di terzi è stata indotta, più

[69] R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in V. CUFFARO - R. D'ORAZIO - V. RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, 2019, Torino, Giappichelli, p. 1 ss.; G. VISINTINI, *Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 1, 2019, p. 1 ss.

[70] CORTE DEI DIRITTI DELL'UOMO, Sentenza del 20/07/2021, Sul diritto alla vita privata e familiare e sulla libertà di pensiero e religiosa (artt. 8 e 9 CEDU) relativamente all'intervento autoptico su un minore deceduto.

[71] C. CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2018, p. 75.

ISSN 2036-7821

semplicemente, dal fatto che, nello scambio di memorie con i ricorrenti, non si sia mai fatta menzione di una espressa manifestazione di volontà da parte dell'utente. La disposizione dell'interessato a mantenere il riserbo su certi aspetti della sua vita appare pertanto agevolmente eludibile[72].

Il possibile veto espresso dall'interessato delimita un confine tanto più labile e sconfinabile, verificato che la libertà dispositiva di cui all'art. 2-terdecies, comma 2, d.lgs. n. 196/2003 e s.m.i. "*non può produrre effetti pregiudizievoli per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi*". Senonché, anche in ipotesi di presenza di una dichiarazione di divieto, l'accesso (e l'esercizio dei diritti sui dati del defunto) inverosimilmente si sarebbe potuto negare.

Certamente, nel caso in cui il titolare del trattamento sia rappresentato da una amministrazione pubblica, dovrà essere maggiormente incoraggiata la previsione di processi, procedure e *policies*, alla stregua di quanto già messo a punto dai soggetti privati. Quanto più tali procedure saranno puntuali e "verticalizzate" sulla gestione delle istanze, a firma degli eredi del *de cuius*, tanto più la *voluntas legis* potrà dirsi realizzata.

[72] V. NATALE, *Il diritto di accesso ai dati personali contenuti nello smartphone di una persona deceduta e conservati in cloud*, Rivista di Diritto dei Media, MediaLaws, Numero 2, 2021, pp. 266-271.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'autonomia e l'indipendenza dell'avvocato, organo essenziale della funzione giurisdizionale, messa in crisi dalla prassi forense in tema di partecipazione del *munus* ad attività imprenditoriali

di Giovanni Pasceri

(Professore a contratto di Diritto dell'Ambiente e della sicurezza sul lavoro – Università LUM

Professore a contratto di Diritto dell'Innovazione Tecnologica – Università Vita-Salute San Raffaele)

Sommario

1. Il regime delle incompatibilità. 1.1. Il conflitto di interessi: il caleidoscopio di situazioni a rischio. 1.2. L'istituto mutuato dal diritto privato. Dalla materialità alla tutela dell'apparenza. 2. L'ordinamento forense. 3. Le norme deontologiche. 4. Il ruolo dell'avvocato nell'amministrazione della giustizia. 5. Lo statuto imprenditoriale. 5.1. Attività di impresa e lucro oggettivo. 5.2. La rappresentanza e l'attività gestoria: il rapporto di immedesimazione organica. 5.3. La distinzione tra oggetto dell'impresa e finalità imprenditoriale. Il caso delle organizzazioni *non-profit*. 6. Conclusioni.

Abstract

The study analyzes the incompatibility regime intended to preserve the role and public function exercised by the lawyer in favor of his client, but also in favor of the community and the administration of justice.
The contribution, through an analysis of the discipline of entrepreneurial activity, intends to demonstrate that participation in the board of directors determines a managerial power incompatible with the profession of lawyer.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Il regime delle incompatibilità

1.1. Il conflitto di interessi: il caleidoscopio di situazioni a rischio

L'incompatibilità è l'istituto giuridico volto a preservare l'autonomia, l'imparzialità e l'indipendenza di un soggetto, esercente una determinata funzione o una particolare attività lavorativa, nel caso rivesta, contemporaneamente, un incarico confliggente con i doveri del proprio ufficio[1].

L'inconciliabilità delle attività trova il suo fondamento nel pericolo che l'agente possa essere indotto, anche involontariamente, ad orientare le proprie scelte in contrasto con l'esercizio dell'ufficio preordinato alla cura di specifici interessi. La *ratio* giustificatrice si rinviene nell'esigenza di assicurare gli interessi della collettività scevra da influenze esterne o condizionamenti che possono incidere sulla valutazione che questi è chiamato a compiere. A tal proposito, Giuliano Amato ci ha ricordato che la libertà è «*un valore, non quindi un istituto giuridico;* [ragion per cui] *non è possibile parlarne in modo significativo senza considerare l'aspetto dei poteri capaci di restringerla o di tutelarla*»[2]. Se la libertà, dunque, non si accorge di avere un "nemico" è già compromessa[3].

L'eventualità che possa determinarsi un rischio, derivante dall'interferenza dei compiti, giustifica il princìpio di precauzione tracciato dal legislatore, per cui non è necessario che il conflitto di interessi si manifesti in modo concreto ed attuale essendo sufficiente l'eventualità che l'ingerenza tra cariche possa idealmente presentarsi[4]. Se così non fosse, nell'ipotesi l'incompatibilità si avverasse, alla situazione di "astratto contrasto" seguirebbe, necessariamente, l'"effettiva lesione" del bene che legislatore intendeva tutelare[5].

Il conflitto di interessi si realizza quando si scontrano interessi contrapposti ovvero siano in conflitto. Perché questo avvenga occorre che vi sia un soggetto (fiduciario) il quale affidi ad un terzo (fiduciante) una responsabilità decisionale, naturalmente caratterizzata da un certo margine di discrezionalità. Proprio nel rapporto fiduciario

---

[1] Il legislatore ha omesso di definire in modo generale ed astratto i caratteri tipici dell'incompatibilità preferendo definire le situazioni confliggenti nelle singole disposizioni normative.

[2] Cfr. G. AMATO, *Liberta`* (dir. cost.), in Encicl. Dir., vol. XXIV, Milano, 1974.

[3] Il diritto amministrativo ricomprende anche la disciplina delle forme e dei modi della tutela di interessi legittimi o delle posizioni soggettive dei terzi. Non è un caso che la funzione giudiziale è "amministrata" in nome del popolo come ricorda l'art. 101 della Costituzione.

[4] Cfr. A. LALLI, A. MORESCHINI, M. RICCI: "*L'ANAC e la disciplina dei conflitti di interessi*", ANAC, Working Paper n. 3, Roma, 2019, pp. 35 ss. distingue il conflitto di "*formale o normato*" da quello "*materiale/strutturale o non normato*" suggerendo una interpretazione restrittiva del concetto di conflitto di interessi e della disposizione normativa che lo definisce e non anche estensiva o analogica.

[5] L'effettività giuridica dell'istituto è, perciò, garantita attraverso la tutela anticipata che la norma intende apprestare. L'incompatibilità prevista non si riferisce all'eccessivo cumulo di incarichi, in grado di compromettere l'efficienza e l'impegno del soggetto nello svolgimento delle singole attribuzioni, ma si occupa di prevenire il conflitto di interessi per il contemporaneo svolgimento di incarichi di responsabilità.

ISSN 2036-7821

si annida l'occasione ideale per il fiduciante (*agens*), astrattamente portatore di propri interessi, per attuare comportamenti opportunistici in conflitto con gli interessi del fiduciario (*principal*). Tali interessi, a loro volta, possono manifestarsi in vantaggi o benefici personali, che l'*agens* persegue in contrasto all'interesse primario (cd. conflitto di interessi diretto) o ricollegabili a soggetti legati al fiduciante da relazioni sociali, vincoli o legami di varia natura, tali da far presumere che il fiduciante sia incline a sostenerli come propri (c.d. conflitto di interessi indiretto)[6].

Il conflitto di interessi si manifesta -quindi- come una situazione, condizione o insieme di circostanze che provocano o accrescono il rischio che gli interessi primari, consistenti nel corretto e imparziale adempimento dei doveri e compiti istituzionali, finalizzati al perseguimento del bene pubblico, possano essere compromessi da interessi secondari, professionali o comunque privati[7].

Il conflitto è reale (o attuale) quando l'interesse secondario può interferire, influenzandolo, il perseguimento dell'interesse primario. In tali casi l'*agens* è chiamato ad adottare una decisione o esprimere un giudizio o a manifestare la sua volontà. Diversamente, il conflitto è potenziale (o possibile) quando l'interesse secondario potrebbe, in un secondo momento, interferire sulle sue decisioni. Il conflitto di interessi potenziale si riferisce, pertanto, a situazioni latenti non ancora attuali.

Il conflitto di interessi si realizza anche se l'*agens*, nel perseguire gli interessi della collettività, potrebbe non agire in contrasto ai doveri del proprio ufficio.

Venire in conflitto e abusare effettivamente della posizione di potere posseduta sono entrambi riconducibili alla medesima fattispecie. L'ingerenza, infatti, prescinde dalla circostanza che l'*agens* abbia serbato una condotta conforme al proprio *status* e ai doveri del proprio ufficio. L'intento della norma è quello di impedire l'occasione che l'*agens* possa trarre un vantaggio approfittando del previlegio goduto[8], disincentivando il cumulo di compiti che può deviare la condotta dell'*agens* rispetto all'interesse del *principal* che è tenuto a perseguire[9].

---

[6] Per la sussistenza del conflitto di interessi non è, dunque, necessario che l'interesse secondario sia economico o finanziario potendo attuarsi anche nell'ipotesi in cui la natura dell'interesse secondario non sia patrimoniale.

[7] Il conflitto di interessi può derivare dall'esistenza di interessi personali di tipo patrimoniale o non patrimoniale ovvero da relazioni di potere, strette relazioni interpersonali tra agente e soggetti portatori di un proprio interesse secondario in grado di interferire con l'interesse primario. Ne consegue che il conflitto di interessi non si esaurisce solo per il fatto che possa venire in esistenza un'interferenza personale o legata a legami concernenti l'ambito familiare: il coniuge unito civilmente (anche separato), i conviventi etc. Anche al di fuori dei casi sopra indicati, interessi di altri soggetti cui l'*agens* sia legato personalmente o abbia legami di stretta amicizia o con i quali intrattenga relazioni di affiliazione o di cointeressenze potrebbero in alcune circostanze influenzare l'imparzialità della sua condotta.

[8] Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 6 agosto 2018, n. 4828.

[9] Cfr. U. MATTEI, *Il conflitto di interessi come categoria ordinante. Interesse di un'ipotesi di lavoro*, in Riv. dir. priv., 2004, 2, p. 248.

ISSN 2036-7821

1.2. L'istituto mutuato dal diritto privato. Dalla materialità alla tutela dell'apparenza

L'espressione conflitto di interessi è mutuata dal diritto privato ed origina dall'esigenza di regolare le questioni insorte nell'ambito dei rapporti interpersonali[10]. Il nostro codice civile, riferendosi al conflitto di interessi, guarda all'istituto principe della rappresentanza, prevedendo l'annullabilità del contratto quando il rappresentante persegua un interesse contrastante con quello del rappresentato[11]. Con lo sviluppo del capitalismo finanziario il concetto di conflitto di interessi si è ampliato sino a ricomprendere tutte quelle ipotesi di conflitti societari, della tutela del risparmio, dell'investimento economico e, più in generale, della tutela del mercato.

Per questo, il conflitto di interessi, nell'ambito civilistico, tutt'oggi, si rivolge, principalmente, a situazioni di contrasto, reali o potenziali, di natura economica, finanziaria o, comunque, a contrapposizioni tra forze economiche capaci di alterare le regole del mercato. La separazione tra proprietà e controllo della ricchezza ha ampliando la possibilità che possano verificarsi condotte profittevoli suscettibili di ledere gli interessi dei clienti e degli operatori finanziari in generale. Da qui l'esigenza di anticipare la tutela a tutte quelle situazione di conflitto[12] che si verificano nella *new economy*: trasparenza delle informazioni finanziarie, attuazione di un efficiente sistema di tutela del risparmio, consapevolezza dell'aleatorietà degli investimenti, etc[13].

E' questa, probabilmente, la ragione per cui, riguardo l'incompatibilità nell'ambito del sistema pubblicistico, tutt'oggi, si volge lo sguardo all'aspetto economico piuttosto che soffermarsi sulla lesione della funzione pubblica che il dipendente

---

[10] Cfr. K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, (a cura di) M. Wolf, Monaco, 1997, p. 379; A. TUHR, *Der Nothstand*, Heildelberg, 1888, p. 74; ULPIANO, 69 ad ed., D. 43, 16, 1, 27. La dottrina ritiene che il concetto di conflitto di interessi abbia avuto origine in seguito al divieto dell'autotutela privata ritenuta una forma arcaica e primordiale di giustizia personale. L'istituto ha riconosciuto alla funzione giurisdizionale il ruolo di conciliatore dei conflitti individuali.

[11] Art. 1394 c.c. rubricato "Conflitto di interessi" prevede «*Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo*».

[12] Il "danno reputazionale" nell'ambito civile coincide, in gran parte, con una perdita economica diretta della società implicata e indiretta per il venir meno della fiducia rispetto al mercato coinvolto. In questo senso: J. PERRY, P. DE FONTNOUVELLE, *Measuring Reputational Risk: The Market Reaction to Operational Loss Announcements*, in SSRN, 30 ottobre 2005, pp. 1-34, DOI:https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.861364. Per una analisi economica del rischio: S. KAMIYA, J. T. SCHMIT, M. A. ROSENBERG, *Determinants of Insurers' Reputational Risk*, in SSRN, 15 Dicembre 2012, pp. 1-45, DOI:http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2198568.

[13] Cfr. E. BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2001, p. 110. G. NUZZO, *Il conflitto di interessi nei contratti di investimento e gestione patrimoniale*, in Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e rappresentanza, (a cura di) C. Grenelli, G. Stella, Milano, 2007, p. 93 ss., G. J. STIGLER, *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994, p. 217; A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in Dir. banc., 1992, I, p. 422 ss.; L. SPAVENTA, *La tutela dell'investitore nell'analisi economica*, in A. Nigro (a cura di), Liberta` e responsabilità nel nuovo diritto societario, Milano, 2006, p. 61 ss.

ISSN 2036-7821

pubblico o il *munus* compiono cumulando attività che possono venire in contrapposizione[14]. La questione è stata tradizionalmente affrontata dal legislatore[15], dalla dottrina e dalla giurisprudenza avendo riguardo all'impatto sull'andamento della pubblica amministrazione e non anche alla lesione del "valore di appartenenza" che l'amministrazione deve preservare per salvaguardare la fiducia e l'affidamento che la collettività gli riserva[16].

Secondo l'OCSE «*si può affermare che esiste un conflitto di interessi apparente, quando gli interessi privati [...] sembrano poter influenzare indebitamente lo svolgimento delle sue funzioni, ma questo in realtà non accade*»[17]. In tal caso, l'interferenza soggettiva è di per sé lesiva in quanto è percepita, dalla collettività, come pregiudizievole dell'imparzialità e dell'autonomia dell'esercente la funzione pubblica[18].

2. L'ordinamento forense

La *ratio* della disciplina delle incompatibilità forensi è quella di garantire l'autonomo ed indipendente svolgimento del mandato professionale[19].

---

[14] Cfr. *infra* par. 3. Il ruolo dell'avvocato nell'amministrazione della giustizia.

[15] Cfr. artt. 54, 97 e 98 Cost. che fanno riferimento allo svolgimento delle funzioni pubbliche, all' imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e all'interesse pubblico da preservare. Tra le norme si richiamano: l. n. 190/2012; d.p.r. n. 62/2012; d.lgs. n. 50/2016.

[16] In questo senso: G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, pp. 6-7. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in Id., La Costituzione italiana. Saggi, Padova, 1954, p. 245 e ss. in cui l'autore riconosce il diritto della collettività e del singolo a verificare l'operato dell'agire amministrativo. L'aumentata sensibilità in ordine alla trasparenza e imparzialità della pubblica amministrazione ha spinto il legislatore a prevedere l'accesso civico per tutti i cittadini i quali hanno riconosciuto il diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti. Per un approfondimento si veda: D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*.

[17] Rapporto OCSE riportato in M. DI RIENZO, A. FERRARINI, *Il conflitto di interesse apparente*, in Competenze per la legalità, in strategieamministrative.it in cui gli autori così sintetizzano il concetto di conflitto apparente:

«*L'Autorità nazionale anticorruzione italiana (ANAC) è ancora più sintetica: un conflitto di interessi apparente è un conflitto "che può essere percepito dall'esterno come tale". OCSE e ANAC (e tutti gli esperti in materia che ad essi si richiamano) non negano che il conflitto di interessi apparente possa incidere pesantemente e realmente sulla fiducia dei cittadini, ma lo descrivono come un qui pro quo (non sempre infondato), come un conflitto di interessi percepito da un osservatore esterno alla sfera pubblica, che non dispone di tutte le informazioni, ma giudica in base alle informazioni che ha. Nel conflitto di interessi apparente, così come viene descritto, confini tra realtà e immaginazione, tra fatti e interpretazione dei fatti (in una situazione di profonda asimmetria informativa), tendono a confondersi*».

[18] La dottrina ha sostenuto che il conflitto di interesse si realizza anche nel caso "sembri" sussistere una posizione di favore in grado di influenzare ingiustificatamente lo svolgimento delle proprie funzioni anche se ciò, in realtà, non accade. Ne consegue che il conflitto può essere anche solo apparente in quanto percepito dall'esterno come tale. In merito: cfr. L. ANTONINI, *Il principio di imparzialita`*, in M.A. Sandulli (a cura di), Principi e regole dell'azione amministrativa, Milano, 2015, pp. 59 e ss.; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., F. GAFFURI, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Torino, 2018, E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attivita` amministrativa*, Torino, 2018; C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in Id., La Costituzione italiana. Saggi, Padova, 1954.

[19] Corte di Cassazione, Sezioni unite, sentenza del 24 giugno 2009 n. 14810. Cfr. C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano, 1975, pp. I-III.

ISSN 2036-7821

La disciplina riguardante l'incompatibilità forense, originariamente definita dall'art. 3 del regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578[20], "*Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore*", disponeva:

«*L'esercizio della professione di avvocato è incompatibile con l'esercizio della professione di notaio, con l'esercizio di commercio in nome proprio o in nome altrui, con la qualità di ministro di qualunque culto avente giurisdizione o cura di anime, di giornalista professionista, di direttore di banca, di mediatore, di agente di cambio, di sensale, di ricevitore del lotto, di appaltatore di un pubblico servizio o di una pubblica fornitura, di esattore di pubblici tributi e di incaricato di gestioni esattoriali.*

È anche incompatibile con qualunque impiego od ufficio retribuito con stipendio sul bilancio dello Stato, delle Province, dei Comuni, delle Istituzioni pubbliche di beneficenza, della Banca d'Italia, del Gran Magistero degli ordini cavallereschi, del Senato, della Camera dei deputati ed in generale di qualsiasi altra amministrazione o istituzione pubblica soggetta a tutela o vigilanza dello Stato, delle Province e dei Comuni.

È infine incompatibile con ogni altro impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione di opera di assistenza o consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario.

Sono eccettuati dalla disposizione del comma 2:

a) i professori e gli assistenti delle università e degli altri istituti superiori ed i professori degli istituti secondari della Repubblica;

b) gli avvocati degli uffici legali istituiti sotto qualsiasi denominazione e in qualsiasi modo presso gli enti di cui allo stesso comma 2, per quanto concerne le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera. Essi sono iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo».

Le (limitate) incompatibilità intendevano impedire, di fatto, il contemporaneo svolgimento dell'attività forense con un incarico pubblico o, comunque, l'assunzione di altri incarichi retribuiti (fatte salve le attività professionali aventi carattere scientifico o letterario). L'aumentata consapevolezza circa la prevenzione dei conflitti di interessi ha costretto la giurisprudenza a dover ridare maggior vigore alla disposizione non più rispondente alle sentite esigenze economico-sociali. Di conseguenza, l'art. 3 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 è stato oggetto di numerosi interventi interpretativi volti a rivalutare il ruolo dell'avvocato nell'ambito della funzione giurisdizionale, ampliando il regime delle incompatibilità[21].

La disciplina è ora definita dall'art. 18 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante la "*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*", la quale prevede l'incompatibilità della professione di avvocato:

[20] Articolo convertito nella legge 22 gennaio 1934, n. 33, modificata dall'art. 1 della l. 23 novembre 1939, n. 1949.

[21] Per tutte: Corte di Cassazione, Sez. un., 19 luglio 1976, n. 2848. Più caute sono state le decisioni del Consiglio nazionale forense.

ISSN 2036-7821

a) con qualsiasi altra attività di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente, escluse quelle di carattere scientifico, letterario, artistico e culturale, e con l'esercizio dell'attività di notaio. È consentita l'iscrizione nell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, nell'elenco dei pubblicisti e nel registro dei revisori contabili o nell'albo dei consulenti del lavoro;
b) con l'esercizio di qualsiasi attività di impresa commerciale svolta in nome proprio o in nome o per conto altrui. È fatta salva la possibilità di assumere incarichi di gestione e vigilanza nelle procedure concorsuali o in altre procedure relative a crisi di impresa;
c) con la qualità di socio illimitatamente responsabile o di amministratore di società di persone, aventi quale finalità l'esercizio di attività di impresa commerciale, in qualunque forma costituite, nonché con la qualità di amministratore unico o consigliere delegato di società di capitali, anche in forma cooperativa, nonché con la qualità di presidente di consiglio di amministrazione con poteri individuali di gestione. L'incompatibilità non sussiste se l'oggetto della attività della società è limitato esclusivamente all'amministrazione di beni, personali o familiari, nonché per gli enti e consorzi pubblici e per le società a capitale interamente pubblico;
d) con qualsiasi attività di lavoro subordinato anche se con orario di lavoro limitato».
La norma, rispetto quella previgente, definisce il regime di incompatibilità come criterio ordinario, le cui deroghe costituiscono eccezioni circoscritte e tassative[22], insuscettibili di una interpretazione analogica[23].

3. Le norme deontologiche
Le previsioni del codice deontologico forense hanno natura di fonte integrativa delle disposizioni normative. I precetti ivi definiti rappresentano i criteri guida (δέον-οντος) a cui l'avvocato deve conformarsi affinché possa affermare la propria "limpidezza"[24] e, allo stesso tempo, salvaguardare il prestigio dell'intera categoria forense.
I doveri deontologici non rimangono norme astratte, che tracciano una linea ideale di comportamento, ma segnano il passaggio dal "dover essere", che caratterizza l'etica, all'ontologico, ovvero "all'essere", inteso come comportamento concreto da adottare. In questo modo la deontologia definisce l'etica professionale nel mondo reale. Per questo i precetti deontologici colpiscono anche le condotte riferibili alla dimensione

[22] Cfr. Parere C.N.F. n. 4 del 2016.
[23] Cfr. Corte di Cassazione, Sez. un., 27 dicembre 2016, n. 26996.
[24] Ai fini dell'iscrizione all'albo degli avvocati, infatti, occorre che il professionista abbia mantenuto e serbi una *condotta irreprensibile*, già definita dalla previgente legge professionale "*specchiatissima ed illibata*" (cfr. art. 17, comma 1, n. 3 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 "Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore", in Gazzetta Ufficiale, 5 dicembre, n. 281).

ISSN 2036-7821

privata dell'individuo, quando siano suscettibili di ledere la «*credibilità della categoria*»[25].

Il regime delle incompatibilità dell'esercente la professione forense è tratteggiato dagli articoli 6 e 9 del vigente codice deontologico forense[26].

L'art. 6 del Codice deontologico, intitolato "*Dovere di evitare incompatibilità*", dispone:

«*1. L'avvocato deve evitare attività incompatibili con la permanenza dell'iscrizione all'Albo. 2. L'avvocato non deve svolgere attività comunque incompatibili con i doveri di indipendenza, dignità e decoro della professione forense*».

Il successivo art. 9, rubricato "*Dovere di probità, dignità, decoro e indipendenza*", stabilisce che:

«*1. L'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i princìpi della corretta e leale concorrenza. 2. L'avvocato, anche al di fuori dell'attività professionale, deve osservare i doveri di probità, dignità e decoro nella salvaguardia della propria reputazione e della immagine della professione forense*».

Non è un caso che il termine "indipendenza" ricorra in entrambi gli articoli.

Mentre l'articolo 6 del Codice deontologico "ordina" all'avvocato di «*evitare* [lo svolgimento di] *attività incompatibili*», quasi a voler suggerire l'opportunità di discostarsi da ogni situazione che possa astrattamente condizionare la propria autonomia e libertà -in modo da scongiurare l'evenienza che possa determinarsi un conflitto di interessi-, il seguente articolo 9 "impone" al professionista di «*esercitare l'attività professionale con indipendenza*» in modo da preservare la propria integrità e, con essa, l'immagine dell'intera categoria forense.

In altri termini, l'avvocato non solo deve "astenersi" dal compimento di un atto idoneo a pregiudicare la propria libertà ma ha, anche, l'obbligo di "attivarsi" affinché tale evenienza non si attui. A tale scopo l'art. 24 del Codice deontologico forense, in tema di conflitto di interessi, stabilisce che «*L'avvocato deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere, anche correlati a interessi riguardanti la propria sfera personale*».

«*La previsione disciplinare riguardante l'autonomia e la libertà dell'avvocato risponde all'esigenza di conferire protezione e garanzia non solo al bene giuridico dell'indipendenza effettiva del professionista ma, altresì, alla loro apparenza. E ciò dal momento che l'apparire indipendenti è tanto importante, […], quanto esserlo effettivamente, dovendosi proteggere, tra*

[25] C.N.F., sent. 3 luglio 2017, n. 75. Le norme deontologiche, ricorda l'art. 1, comma 3, del vigente codice deontologico vigente, costituiscono precetti essenziali per la realizzazione e la tutela dell'affidamento della collettività.

[26] Il Codice deontologico forense è stato approvato nella seduta amministrativa del 23 febbraio 2018, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 86 del 13 aprile 2018, ed entrato in vigore il 12 giugno 2018.

ISSN 2036-7821

gli altri, anche la dignità dell'esercizio professionale e l'affidamento della collettività sulla capacità degli avvocati di far fronte ai doveri che l'alta funzione esercitata impone»[27].

A tal proposito, il Codice deontologico degli avvocati europei[28], all'art. 2.1., intitolato "*Indipendenza*", ricorda che «*I numerosi obblighi a carico dell'avvocato rendono necessaria la sua assoluta indipendenza da qualsiasi pressione e in particolare da quelle esercitate da suoi interessi personali o da influenze esterne. Questa indipendenza è necessaria per la fiducia nella giustizia quanto l'imparzialità del giudice. L'avvocato deve pertanto impedire ogni attentato alla propria indipendenza e fare attenzione a non venir meno alle norme deontologiche per compiacere i clienti, i giudici o terzi*». Più esplicitamente, il seguente punto 2.5.1., suggerisce l'utilità di prevedere, nei singoli codici deontologici nazionali, il «*divieto di esercitare certe professioni o funzioni*» in modo da «*consentire agli avvocati di esercitare le loro funzioni con l'indipendenza necessaria e nel rispetto del loro dovere di partecipazione all'amministrazione della giustizia*».

L'indipendenza, infatti, non è un concetto di comodo destinato ad ampliarsi o restringersi a seconda dell'utilità che può trarsi - all'occorrenza- dalla sua "elasticità interpretativa".

La trasparenza deve essere connaturale al ruolo pubblicistico svolto dall'avvocatura, la cui funzione, nel nostro ordinamento, è costituzionalmente riconosciuta dagli artt. 24 e 111 della Costituzione.

Il ministero dell'avvocato, difatti, non si limita solo alla difesa del proprio assistito ma è sentinella del corretto svolgimento dell'amministrazione della giustizia, argine agli abusi della funzione giurisdizionale[29]. Di conseguenza, la libertà e l'autonomia dell'avvocato viene messa in discussione ogni volta la sua funzione sociale traccia un solco che rallenta l'inarrestabile avvicinamento della collettività all'amministrazione giudiziaria.

4. Il ruolo dell'avvocato nell'amministrazione della giustizia

La funzione giurisdizionale è, per definizione, un'attività libera. L'attività difensiva non può essere condizionata da qualche indebita ingerenza che possa, in qualche modo, influenzarla. Chi partecipa alla formazione del diritto nel caso concreto deve

[27] Cfr. F. ZAMBELLI, *Conflitto d'interessi e deontologia forense*, in amministrarivistiveneti.it, 8 novembre 2011. Relazione tenuta a Verona, il 4 novembre 2011 durante il seminario organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Verona sul tema "Rapporti con la parte assistita. Il conflitto d'interessi".

[28] Il Codice deontologico degli avvocati europei è stato emanato dalla Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa. La CCBE è un'associazione senza scopo di lucro che riunisce gli ordini forensi degli Stati europei.

[29] Per un approfondimento del tema cfr. U. PERFETTI, *Deontologia dell'avvocato, ordinamento forense, amministrazione della Giustizia*, Torino, 2013; G. ALPA, *I principi generali*, in Trattato di diritto privato (a cura di) G. Iudica, P. Zatti, Milano, 1993, pp. 410 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 76; C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, in Enc. Giur. Treccani, I, Roma, 1988, p. 5; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in Riv. crit. dir. priv., Napoli, 2004, pp. 25 ss.

ISSN 2036-7821

«*agire senza alcuna restrizione, impropria influenza, istigazione, pressione, minaccia o interferenza, diretta o indiretta, di qualunque provenienza o per qualunque ragione*»[30].
Il giudice è imparziale se e nella misura in cui l'avvocato resta libero[31].
«*Un tempo, il ruolo degli avvocati era limitato alla tutela dell'interesse individuale: nella professione forense si vedeva esclusivamente il rapporto di natura privata tra il cliente e il difensore. Funzione, senza dubbio, grave e sacra, ma oggi c'è qualcosa che va aldilà. In tutti i paesi, il ruolo degli avvocati va sempre più assumendo un contenuto di natura sociale: il difensore, pur conservando un'inviolabile prerogativa di indipendenza, acquista sempre più nella Società una posizione che non è soltanto di natura privata, ma anche di diritto pubblico, e altresì, io sostengo, una posizione di rango costituzionale*»[32].
Gli articoli 24 e 111 della Costituzione individuano la "*necessarietà*"[33] del ministero del difensore nell'ambito della funzione giurisdizionale il quale assiste quotidianamente il giudice, illuminandolo e aiutandolo a formarsi una visione fatta di tutti gli aspetti del processo nell'ardua opera della ricerca della verità[34].
«*Il diritto come scienza argomentativa,* ars boni et aequi, *esalta la sensibilità e la coscienza del giudicante* [la cui] *speculazione* [si realizza tramite] *l'apporto di* [diverse] *prospettive*»[35]. In questo modo, tutti i protagonisti della funzione giurisdizionale

[30] Raccomandazione Rec(94)12 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sull'indipendenza, l'efficienza e il ruolo dei giudici, che richiama, anche dal punto di vista letterale, l'art. 2 dei «*Basic Principles*» fissati dalle Nazioni Unite.

[31] Così sintetizzava il ruolo pubblico dell'avvocato Piero Calamandrei nel discorso pronunciato in lingua francese alla seduta plenaria del XVI° Congresso della *Union internationale des Avocats*, tenuto a Parigi nel luglio 1956. Cfr. P. CALAMANDREI, *Giudici e Avvocati,* prefazione alla seconda edizione di *Elogio ai giudici scritto da un avvocato,* Firenze, 1938, pp. XXVIII-XXIX. Il pensiero di Calamandrei è stato recentemente richiamato dal Consiglio dell'Unione europea, nella nota della presidenza n. 6319/22, in vista del Consiglio "Giustizia e affari interni" del 3 e 4 marzo 2022, secondo cui «*gli avvocati svolgono un ruolo importante nella tutela dello Stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura, nel rispetto della separazione dei poteri e dei diritti fondamentali. […] In uno Stato di diritto, gli avvocati costituiscono, al tempo stesso, sia un legame indispensabile tra i singoli soggetti e la loro giustizia, sia un solido baluardo contro qualsiasi forma di potere arbitrario*», in questo modo cfr. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Nota della presidenza*, n. 6319/22, Bruxelles, 17 febbraio 2022. Il ruolo dell'avvocato, garante dello Stato di diritto, è stato ricordato anche da Guido Alpa, Presidente del Consiglio nazionale forense, nell'indirizzo di saluto al convegno nazionale degli ordini forensi nel CXXX anniversario della loro istituzione, svoltosi a Bari il 19 novembre 2004, ricordando che «*l'avvocato, […] esercita un'attività essenziale per ogni Stato democratico*», rinvenibile sul sito web https://www.consiglionazionaleforense.it.

[32] Cfr. P. CALAMANDREI, *Le rôle des Avocats dans le monde,* in "Rassegna del Consiglio nazionale forense e della Cassa nazionale previdenza e assistenza Avvocati e Procuratori legali", cit., pp. 186-190.

[33] Il termine "*necessarietà*" indica la caratteristica e non la qualità di ciò che è necessario ovvero «*che accade necessariamente*» in contrapposizione a possibilità o anche probabilità. In questo modo si è espressa l'Accademia della Crusca in https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/cè-necessità-di-necessarietà/1692. Cfr. anche Voce del dizionario Zingarelli 2020 per cui il termine necessarietà manifesta la caratteristica ovvero il requisito di ciò che è necessario.

[34] Così il Guardasigilli Rocco definiva la funzione pubblica svolta dell'avvocato nei lavori preparatori del codice penale e di procedura penale: cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, richiamato da R. BIANCHI RIVA, *Verso il codice deontologico forense. L'autonomia dell'avvocatura nell'Italia repubblicana*, 17, Roma, 2020, p. 16.

[35] G. PASCERI, *La predittività delle decisioni*, Milano, 2022, p. 113.

ISSN 2036-7821

esercitano il loro ministero con la doverosa autonomia e libertà affinché sia palese la "certezza morale" e "equanimità" che costituiscono il fondamento della funzione giurisdizionale.

Già nel 1929, il guardasigilli Alfredo Rocco, nella relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, sottolineava che la difesa è indispensabile alla funzione giurisdizionale in quanto necessaria a «*conciliare le esigenze della nobilissima funzione del patrocinio forense con quelle di una seria ed efficace amministrazione della giustizia …. [*L'attività svolta dal difensore*] è un* munus publicum *relativo all'amministrazione della giustizia, che non perde il suo carattere essenziale solo perché affidato normalmente a privati professionisti*»[36]. Allo stesso modo, Vincenzo Manzini ricordava che la difesa dell'avvocato si svolge «*nell'attuazione di uno scopo d'interesse pubblico e non soltanto per il patrocinio dell'interesse privato*»[37].

Lo stesso articolo 10 del vigente Codice deontologico forense "*Dovere di fedeltà*" ordina all'avvocato di adempiere fedelmente al mandato ricevuto «*svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita*» avendo riguardo al «*rilievo costituzionale e sociale della difesa*»[38].

La giurisprudenza ha composto la funzione pubblica dell'avvocato, formalmente contrapposta all'interesse privato rappresentato in giudizio, stabilendo che qualora il professionista si trovi nella condizione di non poter seguire, allo stesso tempo, verità e mandato, leggi e cliente, la sua scelta deve privilegiare il più alto e pregnante dovere, radicato sulla dignità professionale, che lo deve portare verso l'ossequio alla verità ed alle leggi, sino alla rinunzia al mandato ricevuto.

Lo stesso codice deontologico ricorda l'obbligo dell'avvocato di astenersi dal porre in essere una condotta contraria al prevalente dovere di rispetto della legge e della

[36] MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., pp. XV-XXVII. Anche la dottrina più recente qualifica l'avvocato come appartenente ai cosiddetti *munera legali* in quanto esercente una funzione pubblica direttamente stabilita dalla legge. Così cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, p. 65. In generale sui rapporti tra conflitto d'interessi ed esercizio delle professioni cfr. M. CATRICALA`, *La disciplina del conflitto d'interessi nell'esercizio delle professioni*, in Dir. amm., n. 2, 2011, p. 381 ss.; M. SPASIANO, *Conflitto d'interessi ed esercizio delle professioni*, in Nuove autonomie, vol. 22, 2013, pp. 45 ss.

[37] Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, vol. II, Torino, 1931, p. 425. P. CALAMANDREI, *Le rôle des Avocats dans le monde*, op. cit.

[38] Sulla tensione tra ricerca della verità e diritto di difesa del proprio assistito si richiama il saggio scritto dalla giurista cfr. R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato tra ricerca della verità e difesa del cliente. Una conciliazione possibile?*, in Italian Review of Legal History, n. 13, Milano, 2017, pp. 1-20. L'autrice ripercorre puntualmente il percorso storico che ha consentito, grazie al concorrente apporto del diritto e della teologia morale, di riconoscere all'avvocato il ruolo di collaboratore all'amministrazione della giustizia e, allo stesso tempo, il contemporaneo dovere dell'avvocato di difendere nel modo più ampio possibile il cliente. In questo modo, assume la storica del diritto, l'avvocato è inserito in uno schema processuale naturalmente teso all'accertamento della verità.

ISSN 2036-7821

verità[39] che costituisce la pietra angolare della funzione difensiva, in coerenza con il dovere di lealtà e probità che l'avvocato deve serbare[40].

È così che l'attività dell'avvocato valica l'"interesse individuale" a favore dell'"interesse generale" in quanto "funzionale e complementare" al corretto esercizio dell'amministrazione giudiziaria.

«*Più volte, nei suoi scritti, Piero Calamandrei utilizza il termine "*complementari*" in riferimento all'Avvocatura e alla Magistratura - "complementari di un'unica funzione": e` questa una delle frasi più citate (e spesso abusate) del giurista fiorentino -, intendendo non solo affermare che esse contribuiscono sinergicamente alla medesima funzione giurisdizionale, ma altresì che l'una e l'altra, paragonate insieme ai "*colori complementari [che] meglio brillano nel ravvicinamento*", non possono risplendere se non accostate. L'Avvocatura e la Magistratura, insomma, -per Calamandrei- si conferirebbero, vicendevolmente, una maggiore luminosità, contribuendo alla reciproca, migliore definizione*»[41] in quando entrambi diretti a sostenere la funzione giurisdizionale e con esso il rispetto delle regole processuali.

«*Per cogliere il significato e la portata del diritto della difesa, con tanta energia proclamato dalla Costituzione come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, è necessario porre in relazione il diritto stesso con il riconoscimento del diritto, per ogni cittadino enunciato nella prima parte del medesimo art. 24, di potere agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. In questo modo si rende concreto e non soltanto apparente il diritto alla prestazione giurisdizionale, che è fondamentale in ogni ordinamento basato sulle esigenze indefettibili della giustizia e sui cardini dello Stato di diritto. II diritto della difesa, pertanto, intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che possono opporsi (come si è detto nel comma 3 dello stesso art. 24) al concreto esercizio del diritto medesimo, deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti*»[42].

La funzione pubblica dell'esercente la professione forense emerge anche dall'art. 2 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recante "*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*", il quale, rievocando il principio di indipendenza del giudice,

[39] Art. 50 del vigente Codice deontologico forense. Principio già previsto dall'art. 14 del previgente codice.

[40] Cfr. rt. 3 della l. n. 247/2012, in generale, e dall'art. 88 c.p.c., con specifico riguardo alla condotta processuale dell'avvocato. Sul tema in giurisprudenza cfr Corte di Cassazione, SS.UU, sentenza 30 dicembre 2021, n. 41990 e in dottrina P. CALAMANDREI, *Le rôle des Avocats dans le monde*, op. cit.

[41] Cfr. L. BRUNETTI, *Libertà, autonomia e indipendenza. Riflessioni sul DDL costituzionale, depositato al Senato, l'introduzione dell'Avvocatura in Costituzione*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 3, Roma, 2021, p. 355.

[42] In questo modo si è espressa la Corte Costituzionale con sentenza n. 8 marzo 1957, n. 46, deposita in cancelleria il 18 marzo 1957 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 77 del 23 marzo 1957.

ISSN 2036-7821

fissato dall'art. 101 della Costituzione[43], stabilisce che l'avvocato è «*soggetto esclusivamente alla legge e alle regole deontologiche*»[44].

La norma risponde alle attese della classe forense di veder riconosciuta, al pari del magistrato, anch'egli soggetto solo alla legge[45], il ruolo e la sua funzione dalla Costituzione[46]. A tal proposito, nel 2019, è stato presentato un testo di disegno di legge costituzionale di modifica dell'art. 111 della Costituzione[47] che è stato accolto con favore dall'intera classe forense. In realtà, si tratta di un riconoscimento più formale che sostanziale, tenuto conto che la *"funzionalità reciproca"* tra avvocatura e magistratura emerge, come è stato osservato, direttamente dalla lettura della Carta costituzionale[48].

Anche la Carta di Nizza, al pari della nostra Carta costituzionale, senza mai fare riferimento alla figura dell'avvocato, richiama il ruolo dell'avvocato mettendo, anch'essa, in risalto la funzione pubblica che il professionista svolge nell'esercizio delle funzioni difensive[49]. In merito, l'art. 47 rubricato "*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale"* prevede: «*[…] Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare,*

[43] Cfr. C. CELENTANO, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ed il Consiglio superiore della magistratura nella giurisprudenza costituzionale*, marzo 2015, in cortecostituzionale.it, p. 2.

[44] La professione forense deve essere esercitata con «*indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza*» che costituiscono i presidi necessari per preservare la libertà del diritto di difesa, così come ricorda l'art. 3 della legge n. 247/2012. Per un approfondimento storico cfr. R. BIANCHI RIVA, *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto e etica in età moderna*, Milano, 2015, pp. 45-60 e pp. 267-270.

[45] Cfr. art. 2, comma 4, l. n. 247/2012.

[46] Sul tema si richiamano i seguenti contributi: cfr. C. FUSI, *Una giusta riforma a costo zero. L'avvocato in Costituzione è certificazione di effettiva parità tra accusa e difesa,* in Il Dubbio, Bolzano, 6 giugno 2022 (reperibile sul sito https://www.consiglionazionaleforense.it/web/cnf-news/-/645485); cfr. S. MUSCO, *Il Cnf: «L'avvocato in Costituzione per aiutare la Giustizia a guarire da questa crisi»*, in Il Dubbio, 6 giugno 2022, Bolzano (rinvenibile al seguente indirizzo https://www.ildubbio.news/2020/06/23/il-cnf-lavvocato-costituzione-per-aiutare-la-giustizia-guarire-da-questa-crisi/); cfr. I. MARCONI, *Avvocati in Costituzione: il disegno di legge di riforma. L'iniziativa si propone di affermare la centralità del ruolo dell'avvocato quale garante dei diritti,* in Altalex, Milano, 19 gennaio 2021.

[47] Cfr. Il ddl Sen. n. 1199/2019 "*Modifica dell'articolo 111 della Costituzione recante l'introduzione di princìpi inerenti alla funzione e il ruolo dell'avvocato*", presentato al Senato, prevede di integrare, inserendo il. 3 e 4, il precetto costituzionale: «*3. Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. L'avvocato ha la funzione di garantire l'effettività della tutela dei diritti e il diritto inviolabile alla difesa. In casi tassativamente previsti dalla legge è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale. 4. L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà, autonomia e indipendenza*».

[48] «*E' interessante osservare che mentre garante dei diritti è, ovviamente, il giudice (questo il senso di quella "giustizia" che, in base alla Costituzione, i magistrati ordinari "amministrano", essendo loro affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale, ex artt. 101 e 102 Cost.), l'art. 111 revisionato investirebbe, invece, l'avvocato - nientemeno - che della funzione di "garante" della effettiva tutela di quei diritti, nonché dell'inviolabilità (rectius: della non violazione) del diritto alla difesa nel processo*», così cfr. L. BRUNETTI, *Libertà, autonomia e indipendenza. Riflessioni sul DDL costituzionale, depositato al Senato, l'introduzione dell'Avvocatura in Costituzione*, cit., p. 357.

[49] La circostanza che l'avvocato non sia esplicitamente richiamato all'interno della Costituzione è una peculiarità non solo italiana ma di molti paesi europei se si pensa che l'art. 74, par. 1, n. 1, della legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania *Grundgesetz* richiama l'avvocatura solo per ricordare che è materia di legislazione concorrente. Allo stesso modo l'art. 65 della *Constitution française du 4 octobre 1958* prevede che un avvocato faccia parte del *Conseil supérieur de la magistrature* così come lo ricordano gli artt. 122 e 159 della *Constitución española*.

ISSN 2036-7821

difendere e rappresentare … [riconoscendo] *a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti […] il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia*».

La funzione sociale dell'avvocato è ulteriormente affermata dal Codice deontologico degli avvocati europei, titolato "*Rispetto dello stato di diritto e contributo alla buona amministrazione della giustizia*" il quale, al punto (*i*), definisce l'avvocato un «*protagonista della corretta amministrazione della giustizia*», capace di rappresentare diligentemente i propri clienti «*solo se i giudici e i terzi possono fare affidamento su di lui come un protagonista della buona amministrazione della giustizia*».

L'art. 1.1. del Codice deontologico degli avvocati europei, a tal fine, nel definire l'attività forense, stabilisce che:

«*In una società fondata sul rispetto della giustizia, l'avvocato svolge un ruolo di primo piano. Il suo cómpito non si limita al fedele adempimento di un mandato nell'àmbito della legge. L'avvocato deve garantire il rispetto dello stato di diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà.* [...][50].

Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica.

La funzione dell'avvocato gli impone vari doveri e obblighi (a volte, apparentemente, tra loro contraddittori), verso: il cliente; i giudici e le altre autorità innanzi alle quali l'avvocato assiste o rappresenta il cliente; l'avvocatura in generale e ogni collega in particolare; il pubblico, per il quale una professione liberale e indipendente, legata al rispetto delle regole che essa stessa si è data, rappresenta uno strumento fondamentale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri nella società».

Ritornando al tema dell'incompatibilità è utile richiamare la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato libero, la quale, all'art. 24, ricorda che, nell'ipotesi in cui sia consentito all'avvocato lo svolgimento di attività multidiscipinari, lo Stato membro deve

«*provvedere affinché:*

a) siano evitati i conflitti di interesse e le incompatibilità tra determinate attività;

b) siano garantite l'indipendenza e l'imparzialità che talune attività richiedono; […]».

L'interesse pubblicistico della funzione dell'avvocato è rievocato anche dalla *Risoluzione del Parlamento europeo sulle professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici*[51]. La raccomandazione al Considerando A) ricorda le pronunce della Corte di giustizia delle Comunità europee le quali hanno riconosciuto la necessità che all'avvocato venga consentita la possibilità di esercitare

[50] Cfr. Corte EDU, sent. 10 ottobre 2002, *Czekalla c. Portogallo*.

[51] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo sulle professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici*, P6_TA(2006)0108, Bruxelles, 23 marzo 2006.

ISSN 2036-7821

il proprio ministero con la dovuta "indipendenza" e in "assenza di conflitti di interessi".

La professione legale, è stato sostenuto, assolve alla «*funzione cruciale [...] in una società democratica al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, lo Stato di diritto e la sicurezza nell'applicazione della legge, sia quando gli avvocati rappresentano e difendono i clienti in tribunale che quando danno un parere legale ai loro clienti*»[52]. Per l'effetto, qualsiasi riforma deve tener conto che, direttamente o indirettamente, incide sulla libertà, sulla sicurezza e sull'amministrazione della giustizia e, «*in modo più ampio, sulla protezione dello stato di diritto nell'Unione europea*»[53].

Dai principi richiamati, l'avvocato, «*soggetto solo alla legge e alle norme deontologiche*» -parte necessaria dell'amministrazione giudiziaria[54], aspirante ad ottenere un "formale" riconoscimento all'interno della Costituzione-, non può accettare la deriva del proprio ruolo convenendo sulla possibilità di svolgere un incarico di natura "imprenditoriale"[55].

L'art. 3 della l. n. 247/2012 prevede l'incompatibilità della professione dell'avvocato non solo «*con la qualità di socio illimitatamente responsabile o di amministratore di società di persone, aventi quale finalità l'esercizio di attività di impresa commerciale, in qualunque forma costituite, nonché con la qualità di amministratore unico o consigliere delegato di società di capitali, anche in forma cooperativa, nonché con la qualità di presidente di consiglio di amministrazione con poteri individuali di gestione*», ma anche con «*l'esercizio di qualsiasi attività di impresa commerciale svolta in nome proprio o in nome o per conto, salvo che «l'oggetto della attività della società è limitato esclusivamente all'amministrazione di beni, personali o familiari, nonché per gli enti e consorzi pubblici e per le società a capitale interamente pubblico».*

A prescindere dal tenore della norma, non certo chiara, occorre stabilire cosa deve intendersi per «*attività di impresa commerciale*», il cui svolgimento è «*incompatibile* [con la funzione di avvocato anche se] *svolta in nome proprio o in nome o per conto altrui*».

5. Lo statuto imprenditoriale

5.1. Attività di impresa e lucro oggettivo

[52] *Ibidem*.

[53] *Ibidem*.

[54] Il diritto amministrativo costituisce un ramo del diritto pubblico le cui norme definiscono l'organizzazione amministrativa nel suo complesso (amministrazione in senso organizzativo), nonché le attività svolte in concreto per il perseguimento degli interessi pubblici. Per tali ragioni la funzione giudiziale è "amministrata" in nome del popolo come ricorda l'art. 101 della Costituzione.

[55] L'avvocato deve evitare, *ex ante,* che il suo giudizio sia, indirettamente e involontariamente, influenzato da qualsiasi situazione che possa astrattamente deviarlo dalla funzione che esercita in conseguenza a legami di natura finanziaria, economica, di relazioni o anche solo di frequentazione. In merito: cfr. Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli Atti Normativi, 5 marzo 2019 n. 667.

ISSN 2036-7821

L'attività imprenditoriale è un "atto di commercio" e non l'"organismo economico" che identifica l'aspetto dinamico dell'impresa, ovvero l'azienda.
L'impresa si caratterizza per l'idoneità in sé di dare "profitto" detto "lucro oggettivo".
L'assenza di un "lucro soggettivo"[56] non è un elemento necessario per il riconoscimento dell'attività imprenditoriale. La volontà di trarre un "utile" dal profitto ricavato riguarda la finalità utilitaristica che l'impresa persegue [57].
In altri termini, l'impresa, per definizione, ha quale fine naturale quello di produrre nuova ricchezza (lucro oggettivo), prescindendo dalla circostanza che detto lucro sia un profitto impiegato per una finalità solidaristica[58] o, diversamente, ripartito tra partecipanti all'attività imprenditoriale (lucro soggettivo) [59].

5.2. La rappresentanza e l'attività gestoria: il rapporto di immedesimazione organica
Con riferimento all'esistenza dell'incompatibilità tra esercizio della professione forense e membro del consiglio di amministrazione, la giurisprudenza e la prassi forense tendono a distinguere l'attività di consigliere non esecutivo dal consigliere esecutivo ovvero titolare del potere di rappresentanza, senza soffermandosi, invece, sul potere di gestione del singolo consigliere di amministrazione.
La rappresentanza legale è un istituto giuridico che conferisce in capo ad un soggetto il potere di compiere atti giuridici nell'interesse del rappresentato. Nel nostro ordinamento è possibile distinguere, sostanzialmente, tre diverse forme di rappresentanza: *i)* la c.d. "*rappresentanza comune*", caratterizzata dal concetto di effettività delle situazioni giurìdiche *ex* artt. 19 e 1372 e seguenti c.c.[60]; *ii)* la "*rappresentanza commerciale*", delineata dagli artt. 2203 e ss. c.c., in cui prevale il

[56] Cfr. Corte di Cassazione, Sez. civ., ordinanza, 13 dicembre 2017, n. 29886.
[57] Per un approfondimento macroeconomico del tema cfr. P. A. SAMUELSON, W. D. NORDAHAUS, *Economia*, XII ed., Bologna, 1992, pp. 419 e ss.; pp. 912-922.
[58] L'attività di impresa non si concretizza nello svolgimento di un'attività necessariamente lucrativa, ben potendo caratterizzarsi per il compimento di attività produttiva, oggettivamente economica, tesa al conseguimento di entrate remunerative in modo da consentire, nel lungo periodo, la copertura dei costi con i ricavi. Le imprese *non-profit*, ancorchè perseguono un fine altruistico conservano l'intendimento lucrativo, tipico dell'impresa, in quanto, diversamente, l'utilità sociale non potrebbe essere perseguita.
[59] L'impresa, dunque, per sua natura ha sempre uno scopo di lucro. Mentre il lucro oggettivo è connaturale all'attività imprenditoriale, il lucro soggettivo corrisponde alla volontà di ripartire i guadagni tra consociati. Diversamente se in séguito allo svolgimento dell'attività commerciale risulti un margine positivo tra ricavi e costi, il carattere *non-profit* comporta che gli utili non vengano distribuiti, ma reimpiegati nel rafforzamento del patrimonio dell'ente e nel supporto finanziario del suo funzionamento. In mancanza del necessario lucro viene meno l'utile necessario a perseguire le finalità che si intendono raggiungere.
[60] In tale caso, la tutela del terzo è attenuata in quanto tesa a favorire la dinamicità dei rapporti negoziali ordinari. La tutela apprestata al terzo, di fatto, è garantita *ex post* mediante l'azione risarcitoria *ex* art. 1396 c.c.

ISSN 2036-7821

princìpio dell'apparenza dei rapporti giuridici[61]; *iii)* la "*rappresentanza societaria*", tipica delle società di capitali, caratterizzata dalla c.d. rappresentazione organica accordata agli amministratori (come nel caso delle società a responsabilità limitata), secondo le disposizioni statutarie o le attribuzione di specifiche deleghe (come nelle società per azioni)[62].

Il Consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 2475 c.c., è l'organo collegiale al quale è affidata la gestione delle società per azioni (e degli enti la cui disciplina è modellata su quest'ultime). La natura dell'organo amministrativo comporta, concettualmente, che (tutti) i componenti del consiglio di amministrazione rispondono solidalmente dei danni arrecati alla società dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti, così come prevede l'art. 2392, comma 1, c.c.[63].

Mentre il "*potere di rappresentanza*" è assegnato dallo statuto o dalla deliberazione di nomina (ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2328, comma 1, n. 9 c.c. e 2383, comma 5, c.c.), il "*potere di gestione*" è, invece, attribuito *ex lege* a tutti gli amministratori.

A tale conclusione si perviene, anche, rileggendo la relazione illustrativa del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 "*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*", la quale, all'art. 6, rubricato "*Il potere di gestione e il potere di rappresentanza*", afferma che la gestione dell'impresa sociale spetta, in via esclusiva, agli amministratori (art. 2380 bis, primo comma, c.c.) i quali hanno poteri di gestione estesi a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (art. 2380-bis c.c.) e una rappresentanza generale per tutti gli atti compiuti in nome della società (art. 2384 c.c.), in quanto il potere di governo è insito nel rapporto di immedesimazione organica (che lega il membro del consiglio di amministrazione alla società)[64].

---

[61] Tale forma di rappresentanza è tipica delle società di persone. La tutela del terzo è assicurata dal fatto che non sono a lui opponibili la limitazione del potere rappresentativo che non siano iscritte nel registro delle imprese o, comunque, da questi conosciute.

[62] In tali casi il terzo risulta maggiormente tutelato laddove l'art. 2384 del c.c. stabilisce che le limitazioni dei poteri degli amministratori non sono opponibili, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbia intenzionalmente agito a danno della società.

[63] L'articolo 26, comma 7, del d.lgs. 03 luglio 2017, n. 117 (c.d. codice del terzo settore) stabilisce «*Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori è generale. Le limitazioni del potere di rappresentanza non sono opponibili ai terzi se non sono iscritte nel Registro unico nazionale del Terzo settore o se non si prova che i terzi ne erano a conoscenza*». Ne consegue che i consiglieri possono contrattare con chiunque salvo che la limitazione dei poteri non sia conosciuta dal terzo ovvero iscritta nel registro unico nazionale del terzo settore. L'attuale formulazione dell'art. 2392, primo comma, c.c., oltre a riconoscere l'unitarietà del consiglio di amministrazione, allo stesso tempo, sancisce la responsabilità solidale degli amministratori anche se l'atto dannoso sia stato compiuto dai singoli amministratori, compresi quelli aventi una specifica attribuzione esecutiva in materia.

[64] Agli amministratori di società è richiesta una diligenza in funzione dell'incarico ma anche delle proprie specifiche competenze. In questo modo la responsabilità dell'amministratore è commisurata alla natura dell'incarico ed alle proprie specifiche competenze. Queste competenze rappresentano lo *standard* minimo di responsabilità richiesto a tutti gli amministratori per non incorrere in responsabilità. Basti qui ricordare che la

ISSN 2036-7821

In questo modo, ogni partecipante al consiglio di amministrazione, prescindendo dall'attribuzione di una delega[65], svolge un potere di governo e di sindacato sull'andamento dell'organizzazione imprenditoriale.
Una diversa lettura mal si concilia con la giurisprudenza formatasi in tema di impresa e di responsabilità degli amministratori societari non esecutivi, privi di delega o di minoranza[66].
Così, l'interpretazione teleologicamente orientata a valorizzare il ruolo dell'avvocato consente di confutare l'orientamento tracciato dal Consiglio nazionale forense, dai Consigli dell'ordine degli avvocati locali e della giurisprudenza, il quale consente il contemporaneo svolgimento della professione forense e l'attività "imprenditoriale"[67].
La prassi seguita dagli organismi forensi si contrappone alla disciplina definita dall'ordinamento generale in tema di responsabilità degli amministratori[68], anche se privi di deleghe operative[69].
La responsabilità dell'amministratore si riferisce al mancato esercizio dei poteri gestionali riconducibili agli obblighi di informazione, vigilanza, controllo, sostitutivi

---

riforma del diritto societario attuata con d.lgs. n. 6/2003 ha previsto, diversamente dalla previgente disciplina, che l'azione di responsabilità contro gli amministratori possa essere esercitata, proprio per stimolare il potere gestorio dei membri del consiglio di amministrazione, anche dagli azionisti di minoranza: cfr. F. SIGNORELLI, *Azione sociale di responsabilità*, in Il Societario, Milano, 06 giugno 2020; C. MARCHETTI, *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, II ed., Torino, 2021, pp. 96-101.

[65] Attraverso il conferimento della delega, il delegante attribuisce al delegato, esclusivamente, la possibilità di esercitare, in proprio nome e per suo conto, i poteri conferiti, senza, per questo, perderne la titolarità.

[66] Cfr. Corte di Cassazione, Sez. pen., sent. 13 settembre 2021, n. 33856; Corte di Cassazione, Sez. civ., sent. 18 settembre 2020, n. 19556; Corte di Cassazione, Sez. civ., sent. 24 novembre 2016 n. 17441; Corte di Cassazione, Sez. pen., sent. n. 02 novembre 2012, n. 42519.

[67] C.N.F. parere n. 5 del 28 marzo 2012; C.N.F. parere n. 165 del 26 giugno 2003; C.N.F. parere n. 9 del 20 settembre 2000. L'interpretazione strettamente letterale richiama un canone ermeneutico distante dalla valorizzazione del *principium* e dell'ordinamento giuridico positivo nel suo complesso. In modo analogo cfr. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze, parere del 24 aprile 2013 e del 7 gennaio 2014

[68] Sulla responsabilità degli amministratori cfr. F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, p. 169; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in Enc. Giur., XXI, Treccani, Roma, 1990, p. 7. Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI – FONDAZIONE NAZIONALE COMMERCIALISTI, *Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega*, Roma, Documento Aprile 2020, p. 17, pp. 27-34, p. 35. Sulla responsabilità in caso di procedure concorsuali cfr. G. CORSI, *La responsabilità del consigliere privo di delega nel caso di imputazione di concorso in art. 216 della l. fall.*, in diritto.it, 25 febbraio 2014. Una analisi approfondita della responsabilità penale degli amministratori privi di delega è offerta da cfr. N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, Diritto Penale Contemporaneo 19 novembre 2015. In giurisprudenza: cfr. Corte di Cassazione, Sez. pen., 7 marzo 2014, n. 32532; Corte di Cassazione, Sez. pen., 28 marzo 2022, n. 11087.

Nell'impresa individuale il titolare esercita necessariamente la gestione della propria attività, nelle società il potere di governo può esercitarsi anche in modo disgiunto mediante l'affidamento del governo dell'impresa ad un amministratore delegato (unico) ovvero a un consiglio di amministrazione che amministra, in modo organico e unitario, l'attività imprenditoriale. All'interno del consiglio, a sua volta, è possibile definire competenze esecutive senza però poter escludere il singolo membro dalla gestione imprenditoriale.

[69] La responsabilità degli amministratori, privi di deleghe operative, infatti, non si realizza per effetto di una "generica condotta omissiva" ma per violazione di un obbligo specifico di vigilanza. Diversamente, la loro responsabilità si nell'alveo della responsabilità oggettiva.

ISSN 2036-7821

e di intervento[70] che derivano dal dovere riflessivo del diritto di informazione[71] che sostanzia l'"*attività doverosa*" che ogni membro del consiglio di amministrazione deve esercitare[72].

I "compiti" del consigliere non possono intendersi accessori, voluttuari e discrezionali in quanto «*spetta* … [ai]… *consiglieri non delegati*, [in presenza di] *segnali d'allarme (anche impliciti nelle anomale condotte gestionali) … esigere un supplemento di informazioni o ad attivarsi in altro modo (attraverso la richiesta di convocazione del Consiglio di Amministrazione rivolta al Presidente, il sollecito alla revoca della deliberazione illegittima od alla avocazione dei poteri, l'invio di richieste per iscritto all'organo delegato di desistere dall'attività dannosa, l'impugnazione della deliberazione ex art. 2391 c.c., la segnalazione al p.m. o all'autorità di vigilanza e così via); […]*»[73].

---

[70] Gli amministratori, infatti, sono tenuti al rispetto di specifici obblighi richiamati dagli artt. 2381, 2392 e 2393 del codice civile.

[71] Cfr. G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 259 e ss. La riforma del diritto societario del 2003 ha rafforzato, in modo prepotente, a carico del presidente del consiglio di amministrazione, l'obbligo di aggiornare tutti i componenti del consiglio di amministrazione. Non è difficile desumere che, di conseguenza, tutti gli amministratori non solo sono tenuti ad agire in modo informato ma devono, altresì, informarsi per poter compiere, in maniera effettiva e consapevole, il ruolo "*gestionale*" concernente l'obbligo di vigilanza, controllo e intervento dell'azione esecutiva dell'organo di governo.

[72] La Corte di Cassazione, Sez. pen. IV pen., 4 novembre 2010 n. 38991 ha stabilito che «*anche di fronte alla presenza di una eventuale delega di gestione conferita ad uno o più amministratori, specifica e comprensiva dei poteri di deliberazione e spesa, tale situazione può ridurre la portata della posizione di garanzia attribuita agli ulteriori componenti del consiglio, ma non escluderla interamente, poiché non possono comunque essere trasferiti i doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo in caso di mancato esercizio della delega*». In questa direzione cfr.: Corte di Cassazione, Sez. pen., 20 maggio 2013 n. 21628. Allo stesso modo la Corte di Cassazione, Sez. civ., 31 agosto 2016, n. 17441 ha stabilito che, anche in seguito alla modifica del primo comma dell'art. 2392 c.c., «*la responsabilità degli amministratori privi di specifiche deleghe operative non può oggi discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, tale da trasmodare nei fatti in responsabilità oggettiva, ma deve riconnettersi alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi stessi possono acquisire di propria iniziativa*».

[73] Corte di Cassaszione, Sez. civ., sentenza 9 novembre 2015, n. 22848 la quale ricorda che l'art. 2392, comma secondo, c.c. su cui si fonda, in virtù del nesso causale di cui all'art. 40, primo comma, c.p., gli amministratori non operativi, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. Per un'approfondita analisi della citata sentenza cfr. N. MENARDO, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega*, in Diritto Penale Contemporaneo, 19 novembre 2015, consultabile sul sito https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1447845520MENARDO_2015a.pdf. Tale orientamento è stato recentemente consolidato dalla Corte di Cassazione che ha confermato la responsabilità del consigliere privo di deleghe per l'illecito deliberato dal Consiglio di amministrazione. Secondo la Cassazione «*non vi è dubbio che la riforma del 2003 abbia alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe, responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa, rimuovendo il generale obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione (già contemplato dall'articolo 2932 c.c., co 2) e sostituendolo con l'onere di agire informato, atteso il dovere nell'ottica di una gestione informata di assumere informazioni sancito dall'articolo 2381 c.c. accompagnato dal potere di richiedere ulteriori informazioni (cfr. Cass. civ., Sez. Un., sentenza n. 20933 del 30/09/2009, RV 610513) ma trattasi di disposizioni applicabili in presenza di materie delegate o al comitato esecutivo o a uno o più consiglieri*», così Corte di Cassazione, sent. 28 marzo 2022, n. 11087. La citata sentenza ha inoltre ribadito che la posizione di garanzia degli amministratori rimane ancorata all'art. 2392 c.c., in forza della

ISSN 2036-7821

L'art. 2388 c.c. dispone che le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione, salvi i rari casi previsti dalla legge, devono essere palesi in modo da identificare i consiglieri che hanno diritto e interesse a impugnare la delibera e, allo stesso tempo, individuare i soggetti che hanno omesso di esercitare la doverosa attività di controllo e di denuncia[74].
E' questa la *ratio* per cui tutti i componenti del Consiglio rispondono degli illeciti, anche se non siano stati partecipi all'adozione della deliberazione del collegio ovvero non si siano attivati, *medio tempore*, per contestare la decisione sociale.
Diversamente argomentando dovrebbe ammettersi la superfluità e l'inutilità, se non addirittura la futilità, della nomina di un amministratore privo di deleghe, partecipe di un sistema organizzativo e di governo dell'impresa il cui ruolo è amorfo[75].

5.3. La distinzione tra oggetto dell'impresa e finalità imprenditoriale. Il caso delle organizzazioni non-profit

quale l'amministratore deve conservare il patrimonio sociale ed impedire che si verifichino danni per la società e per i terzi (cfr. Corte di Cassazione, Sez. pen., 28 marzo 2022, n. 11087), essendo tutti gli amministratori, anche se privi di delega, solidalmente responsabili verso la società per i danni conseguenti all'inosservanza dei doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto, salvo non si tratti di attribuzioni proprie o del comitato esecutivo o attribuite in concreto ad uno o più di essi, così come ribadisce specificamente per il consiglio di amministrazione l'art. 2381 c.c., comma 2, c.c. così come stabilito dalla Corte di Cassazione, Sez. pen., sent. 5 agosto 2021, n. 30689.

[74] Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Civ., ord. 10 maggio 2011, n. 10188; Corte di Cassazione, Sez. Civ., sentenza 14 dicembre 2000 n. 15786; Corte di Cassazione, Sez. Civ., sent. 26 novembre 1998, n. 12012; Corte di Cassazione, SS.UU., sent. del 14 dicembre 1994, n. 10680. Il controllo delle decisioni collegiali costituiscono attività doverose in quanto, ogni membro è avviluppato all'ente in virtù della cosiddetta "rappresentanza societaria". Sul tema cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza 20 gennaio 2017, n. 1545.

[75] La dottrina sta abbandonando il termine di "amministratore privo di deleghe" in favore di "amministratore non esecutivo", così distinguendo la gestione operativa dalla funzione di governo esercitata in seno al consiglio di amministrazione. Cfr. U. TOMBARI, *Riflessioni sulle "funzioni" degli amministratori "non esecutivi" e sull'"amministrazione" nella S.p.A. quotata,* in Riv. di Dir. Soc., 2, Torino, 2020, p. 323 e ss. L'autore, nel saggio, esamina le attribuzioni che il nuovo assetto normativo, varato nel 2003, attribuisce agli amministratori non esecutivi. Lo studio analizza le funzioni di vigilanza e indirizzo strategico che gli amministratori non esecutivi devono svolgere con diligenza, nonché individua gli strumenti che l'ordinamento conferisce a tali amministratori per lo svolgimento dei loro compiti; M. STELLA RICHTER jr., *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana, in Riv. Banca Impr. e Soc.,* 2, 2005, Bologna, p. 163 e ss. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. Corte di Cassazione, Sez. civ., sent. 18 settembre 2020 n. 19556. A tale conclusione, peraltro, si giunge rileggendo la riforma del diritto societario, attuata con d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la quale rafforza la "centralità" dell'organo di governo delle società di capitali valorizzando, ancora di più, il criterio di immedesimazione organica. Il regio decreto 16 marzo 1942, n. 262 che approvava il codice civile all'art. 2392 stabiliva che "*gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti … con la diligenza del mandatario*". La norma non si discostava sostanzialmente dall'art. 124 del "*Codice di commercio pel Regno d'Italia promulgato con legge del 2 aprile 1882, n. 681*". Il legislatore del 2003, modificando l'art. 2392 c.c., ha sostituito il criterio della diligenza del mandatario con quella "*richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*", rivitalizzando la tesi espressa dalla dottrina secondo cui il rapporto d'amministrazione è da ricondurre al rapporto di obbligazione che si realizza per effetto dell'unicità dell'organo amministrativo dell'ente.

ISSN 2036-7821

L'ultimo comma dell'art. 18 della l. n. 247 del 2012 consente la "gestione economica" solo se l'"oggetto" dell'attività è limitato all'amministrazione di beni, personali o familiari, escludendo la "finalità" imprenditoriale[76].

Le organizzazioni non lucrative di utilità sociale[77] e gli enti del terzo settore sono organismi di carattere privato che adottano lo statuto imprenditoriale per perseguire le loro finalità solidaristiche. Tali enti non costituiscono un nuovo soggetto giuridico rispetto alle comuni società "speculative" ma si caratterizzano, esclusivamente, per seguitare uno scopo altruistico, ritenuto, dal legislatore, meritevole di tutela. Per realizzare la loro finalità, detti enti, agiscono come una comune "impresa" compiendo fatti, atti e negozi giuridici al pari di un qualsiasi imprenditore e, come questi, operano fiscalmente mediante l'attribuzione del codice fiscale e della partita iva. Rispetto agli atti compiuti, come tutte le imprese, rimangono vincolati alle norme di diritto commerciale per le obbligazioni assunte, alla disciplina inerente alle responsabilità datoriali e alle norme penali (anche in materia di responsabilità amministrativa *ex* d.lgs. n. 231/01), etc. Per questo, lo statuto imprenditoriale adottato

[76] In merito, le Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione con sentenza 1° giugno 2018, n. 14131 hanno riconosciuto la natura d'impresa ad una società sportiva dilettantistica, *non profit*, riconoscendogli la stessa attività "speculativa" tipica dell'impresa. La sentenza ci impone una riflessione sulla natura "commerciale" di una società dilettantistica sportiva (sebbene nel caso di specie, l'avvocato svolgeva, in effetti, l'amministratore unico della stessa). Per confutare la prassi forense torna utile ricordare il principio di diritto definito dalle Sezioni unite della cassazione che nel cassare la sanzione applicata al difensore, rinviava la causa al C.N.F.. in altra composizione per accertare se il legale nel ricoprire l'incarico di presidente del consiglio di amministrazione sia stato titolare o meno titolare di effettivi poteri di gestione (cfr. Corte di Cassazione, Sez. un., 18 novembre 2013, n. 25797). In tal senso anche: C.N.F. sentenza 25 novembre 2014, n. 172. Secondo le Sezioni unite della Cassazione -dunque- l'avvocato che ricopre la carica di Presidente del consiglio di amministrazione, di amministratore unico o di amministratore delegato di una società commerciale, si trova in una situazione di incompatibilità in quanto svolge una attività di commercio in nome altrui (cfr. Corte di Cassazione, Sez. un., 5 gennaio 2007, n. 37) mentre la situazione di incompatibilità non sussiste nell'ipotesi in cui il professionista riveste la carica di Presidente del consiglio di amministrazione, sia privato, per statuto o per successiva deliberazione, dei poteri di gestione dell'attività commerciale (mediante la nomina di un amministratore delegato). Dalla lettura delle predette sentenze emerge un quadro disomogeneo e frammentario. In dottrina: cfr. G. D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, in Giur. comm., I, Milano, 2017, p. 220 e ss.

[77] La riforma del c.d. terzo settore, approvata con d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117, titolato "*Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*", abroga gli articoli da 10 a 29 del d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, fatto salvo l'articolo 13, comma 2, 3 e 4 e, così, anche l'acronimo onlus. La riforma in modo chiaro e non equivoco individua gli Enti del terzo settore come "imprese sociali" caratterizzate non tanto per l'assenza dello scopo di lucro ma soprattutto per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale che intendono perseguire. In questa direzione anche cfr. A. FICI, *Impresa sociale: fattispecie normativa ed ipotesi applicative*, Roma, 23 maggio 2020, rinvenibile all'indirizzo https://terzjus.itarticolisaggilimpresa-sociale-dopo-la-riforma-del-terzo-settore, il quale sottolinea: «*Quanto al lucro soggettivo, può essere sufficiente menzionare la definizione di impresa sociale, nella quale coesistono l'agire senza scopo di lucro e l'agire per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale (art. 1, comma 1). Se poi si analizza con attenzione l'art. 3, che all'assenza di scopo di lucro è dedicato, si potrà notare come, in realtà, il suo primo comma non contenga un divieto di lucro (soggettivo), bensì un obbligo di destinazione delle risorse generate dall'impresa «allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio». Il successivo divieto di lucro (soggettivo), di cui al secondo comma, sia nella sua versione "diretta" che "indiretta", è solo strumentale al predetto obbligo, come si evince dalle parole di apertura «ai fini di cui al comma 1».*

ISSN 2036-7821

dalle società *non-profit* è, perfettamente, sovrapponibile a quello definito "commerciale"[78].

Dette organizzazioni, come qualsiasi impresa, costituiscono veri e propri "centri autonomi di imputazione"[79].

L'indagine circa l'esistenza della finalità lucrativa è, dunque, superflua tant'è che l'art. 2195 del codice civile riconduce le organizzazioni *non-profit* alle «*disposizioni della legge che fanno riferimenti alle attività e alle imprese commerciali*». Così facendo il legislatore ha previsto, *ex ante*, che l'impresa non lucrativa possa perdere la finalità "altruistica" per acquistarne una "egoistica"[80] e viceversa, senza che ciò determini la cessazione dello statuto imprenditoriale prescelto[81]. Sulla questione è concorde anche l'Agenzia delle entrate la quale ha avuto modo di chiarire che nell'ipotesi in cui l'ente perda la qualifica di organizzazione priva di scopo di lucro -previa devoluzione del patrimonio *ex* art. 10, comma 1, lett. f, del d.lgs. n. 4 dicembre 1997, n. 460- può decidere di non sciogliersi continuando ad operare come una "comune" impresa che persegue il lucro soggettivo[82].

---

[78] Per assumere la qualità di imprenditore basta che venga esercitata un'attività economica volta alla produzione di beni o servizi (oggetto commerciale) essendo ininfluente la finalità perseguita in concreto ma lo scopo di ottenere un "guadagno" (inteso come lucro soggettivo). Definendo il concetto di imprenditore G. B. Ferri sostiene che: «*l'articolo 2082 c.c. precisa che gli elementi costitutivi dell'impresa (commerciale) sono rappresentati, innanzitutto, dalla presenza di un'organizzazione ed, inoltre, da uno scopo cui tale organizzazione è finalizzata; scopo che è quello "della produzione o dello scambio per i beni del mercato generale"; da ciò "derivano particolari conseguenze giacché colui che organizza per la produzione per lo scambio, cioè per la soddisfare i bisogni del mercato generale, questa organizzazione fa per un particolare fine che è il fine di lucro". Di qui, anche la coincidenza tra la nozione economica e quella giuridica di imprenditore; in entrambe (cfr. anche l'articolo 2195 c.c.), il fine ultimo è, dunque, quello di realizzare un guadagno*», G. B. FERRI, *Proprietà produttiva e impresa agricola*, Saggi, Torino, 1992, p. 125.

[79] Mirando al fine altruistico, rispetto alle altre strutture imprenditoriali, le imprese c.d. sociali godono di particolari benefici fiscali e non sono soggette, di norma, come le società agricole o i professionisti, alle procedure concorsuali liquidatorie. A tal proposito si richiama quanto ribadito dalla Corte di Cassazione, Sez. I civ., 20 ottobre 2021, n. 29245 circa il fatto che «*è assoggettabile a fallimento, ai sensi del combinato disposto degli art. 2545-terdecies c.c., art. 2082 c.c., e art. 1, legge fall., la società cooperativa sociale che svolga attività commerciale secondo criteri di economicità (cd. lucro oggettivo), senza che rilevi l'eventuale assunzione della qualifica di onlus ai sensi dell'art. 10 del d. lgs. n. 4601997, trattandosi di norma speciale di carattere fiscale che non integra la "diversa previsione di legge" contemplata dal secondo comma dell'art. 2545-terdecies c.c. anzidetto. L'accertamento della natura commerciale dell'attività svolta da una società cooperativa sociale, ai fini della sua assoggettabilità a fallimento, compete all'autorità giudiziaria, senza che abbiano natura vincolante i pareri e gli atti adottati dal Ministero dello sviluppo economico nell'esercizio dei poteri di vigilanza attribuiti dalla legge*».

[80] Impresa intesa come attività lucrativa volta a realizzare un profitto da distribuire (c.d. lucro soggettivo).

[81] Per le imprese *no-profit*, diversamente dall'impresa comunemente definita "commerciale", l'art. 10 del d.lgs. n. 460/1997 prevede il mantenimento del corrispondente statuto imprenditoriale con la sola differenza che, per tali imprese, sussiste «*divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili e avanzi di gestione*» ed il conseguente «*obbligo di impiegare gli utili e gli avanzi di gestione*». Diversamente l'*onlus* è obbligata a devolvere il patrimonio residuo ad altro ente privo di scopo di lucro (evidentemente soggettivo), ai sensi del d.p.r. n. 917/1986. Allo stesso modo, le ETR, ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 117/2017, in caso di estinzione o scioglimento, devono devolvere il patrimonio residuo ad altri enti del terzo settore secondo le disposizioni statutarie o dell'organo sociale competente o, in mancanza, alla Fondazione Italia Sociale.

[82] AGENZIA DELLE ENTRATE, circolare n. 59/E del 31 ottobre 2007; circolare n. 168/E del 26 giugno 1998.

ISSN 2036-7821

In definitiva, «*quella di impresa sociale rimane una qualifica soggettiva che enti privati costituiti (per atto pubblico) in una qualsiasi forma giuridica, anche societaria, possono assumere e mantenere se di essa presentano e conservano nel tempo i requisiti essenziali, operando altresì in conformità alle disposizioni del decreto (art. 1, comma 1)*»[83].

6. Conclusioni

Nel caso in cui l'attività di gestione dell'impresa, dotata di personalità giuridica, è affidata ad un consiglio d'amministrazione si crea -a differenza del caso in cui venga nominato un amministratore unico- una separazione tra "potere di rappresentanza" e "potere deliberativo".

Mentre la rappresentanza esterna è affidata al presidente o all'amministratore investito di tale funzione, il potere deliberativo, finalizzato a formare la volontà dell'ente, appartiene al consiglio d'amministrazione nella sua interezza ancorché ciascun membro del consiglio di amministrazione, benchè privo di una delega o del potere di rappresentanza, è titolato *ex lege* della funzione di governo dell'ente in virtù della cosiddetta "rappresentanza societaria", da cui discende l'"unicità" e la "collegialità" dell'organo[84].

L'orientamento seguito dagli organi forensi in tema di incompatibilità[85], così, appare in contrasto con la disciplina generale in tema d'impresa[86] e l'orientamento giurisprudenziale formatesi in merito alla responsabilità degli amministratori privi di delega ovvero di minoranza[87].

D'altro canto, qualora il legislatore avesse voluto consentire all'avvocato di sedere nei consigli di amministrazione dell'imprese avrebbe utilizzato la medesima chiarezza impiegata ai punti a) e d), del comma 1, dell'art. 18 della l. n. 247 del 2012[88] e, allo stesso tempo, non avrebbe definito, in via generale, il divieto a svolgere «*[…]*

---

[83] Cfr. A. FICI, *Impresa sociale: fattispecie normativa ed ipotesi applicative*, cit. Nello stesso orientamento: M. KROGH, *L'impresa sociale. Prime riflessioni sul d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, in Consiglio nazionale del notariato, Studio n. 429-2006C.

[84] Cfr. art. 2391 del cod. civ. rubricato "*Interessi degli amministratori*"; Corte di Cassazione, Sez. civ., ord. 8 agosto 2017, n. 19737; Corte di Cassazione, Sez. civ., sent. 26 gennaio 2006, n. 1525; Corte di Cassazione, Sez. civ., sez. II, 25 marzo 2005, n. 6468; Corte di Cassazione, Sez.civ, 4 aprile 1998, n. 2483.

[85] Cfr. C.N.F. sentenza 20 febbraio 2012, n. 15; C.N.F. parere 23 luglio 2009 n. 33.

[86] MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Relazione illustrativa del decreto legislativo recante: "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*".

[87] Cfr. *infra*: par. 4.2. La rappresentanza e l'attività gestoria: il rapporto di immedesimazione organica.

Cass. pen., sez. V, sent. 13 settembre 2021, n. 33856; Cass. civ., sez. II. sent. 18 settembre 2020, n. 19556; Cass. civ., sez. I, sent. 24 novembre 2016, n. 17441; Cass. pen., sez. V, sent. n. 02 novembre 2012, n. 42519.

[88] L'art. 18, comma 1, lettera a, ultimo periodo, della l. n. 247/12 stabilisce: «*È consentita l'iscrizione nell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, nell'elenco dei pubblicisti e nel registro dei revisori contabili o nell'albo dei consulenti del lavoro». Allo stesso modo* l'art. 1, alla successiva lettera d, della legge professionale forense stabilisce «*La professione di avvocato è incompatibile: […] con qualsiasi attività di lavoro subordinato anche se con orario di lavoro limitato*» come previsto dall'art. 1, lettera.

ISSN 2036-7821

qualsiasi attività di impresa commerciale […] in nome proprio o in nome o per conto altrui. […]»[89].

Il regime di incompatibilità così composto ricalca straordinariamente le finalità sintetizzate dalla dottrina per cui «*il divieto delle situazioni ritenute incompatibili ha la sua* ratio *nell'esigenza di tutelare l'indipendenza delle professioni legali e l'autonomia di giudizio e d'iniziativa degli avvocati e procuratori nella difesa e nel patrocinio degli interessi del cliente, oltre che di garantire il prestigio e l'onore professionale dall'eventuale discredito derivante da alcune attività ritenute poco decorose. Cosi, ad esempio, la sanzione legislativa colpisce il contemporaneo esercizio delle professioni forense e notarile o giornalistica, non certo perché queste ultime ledano la dignità della toga -giacché sono certamente degne del massimo rispetto- ma perché possono porre l'avvocato in condizioni di subire le deleterie conseguenze di un conflitto tra i doveri derivanti dall'una o dall'altra attività*»[90].

Se così non fosse, non si comprenderebbe la ragione per la quale deve ritenersi "menomata" l'indipendenza dell'avvocato quando svolge una «*[…] qualsiasi attività di lavoro subordinato anche se con orario di lavoro limitato*»[91], pubblica[92] o privata[93], e non anche quando esercita l'incarico di membro del consiglio di amministrazione, contitolare della funzione di governo dell'impresa, anche se privo di una delega gestionale o della rappresentanza sociale.

Nella medesima direzione si sono espresse, in vigenza della precedente disciplina, le Sezioni Unite della Cassazione ricordando che l'incompatibilità non ambisce a limitare la redditività dell'avvocato o lo svolgimento di una attività contigua a quella forense ma di impedire il contestuale svolgimento di «*[…] determinate attività …… che possono provocare interferenze nel campo professionale degli avvocati e dei procuratori (notai, commercianti, direttori dì banca, mediatori, agenti di cambio, appaltatori di pubblici servizi, esattori delle imposte) o per la subordinazione che esse determinano nei confronti di terzi (dipendenti pubblici o privati) o per i particolari poteri che comportano (ministri del culto aventi giurisdizione o cura d'anime), possono incidere negativamente sulla libertà di*

[89] In questo modo: art.18, comma 1, lettera b). La forma descrittiva per definire il regime di incompatibilità utilizzata non autorizza l'interprete ad alterare il senso precettivo voluto dal legislatore. Il termine "nonché", impiegato dall'art. 18 della legge professionale, è una congiunzione avversativa o intensiva che intende marcare il perimetro delle circostanze che definiscono l'incompatibilità forense. Mentre la congiunzione "o" ed anche "ovvero" può svolgere la funzione di congiunzione disgiuntiva oppure può avere valore esplicativo introducendo la spiegazione, la parafrasi, il chiarimento di un concetto precedentemente espresso (o si collegano a sinonimi o espressioni equivalenti, come "ossia", "vale a dire", "per meglio dire"), con il termine "nonché" il legislatore ha voluto utilizzare una congiunzione che non presenta duplicità o molteplicità di funzioni se non quella intesa a rimarcare il regime di incompatibilità.

[90] Cfr. E. RICCIARDI, *Appunti in tema di revisione degli albi professionali*, in Il Foro Italiano, Roma, vol. 103, 1980, pp. 25-26 e 41-42.

[91] Cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., sent. n. 21949 del 28 ottobre 2015; C.N.F., parere n. 51 del 23 ottobre 2020.

[92] Cfr. Corte di Cassazione, Sez. civ., 13 aprile 2021, n. 9660.

[93] Cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., ord. 22 luglio 2016, n. 15208.

ISSN 2036-7821

determinazione del professionista, ponendosi in contrasto con le esigenze di autonomia, di prestigio e di efficienza della classe forense».

Una lettura delle norme sul conflitto di interessi dell'avvocato incentrate solo sulla natura "commerciale"[94] dell'ente, sulla rappresentanza dell'impresa o sulla titolarità di una delega gestionale[95], è contrastante con il *principium* sotteso all'art. 2 della legge 31 dicembre 2012, n. 247 che vuole l'avvocato «*soggetto esclusivamente alla legge e alle regole deontologiche*». La citata disposizione normativa rievoca il dovere del magistrato di preservare la propria indipendenza e imparzialità[96] in modo da assicurare l'esercizio del proprio ministero «*senza interferenze o eventuali interventi al di fuori di essa, che possano incidere sulla formazione del suo libero convincimento*»[97].

Sé dunque è vero che l'avvocatura attua uno scopo di interesse pubblico al pari della magistratura[98] -tanto da essere "*complementari in un'unica funzione*"- l'indipendenza deve assumere un "*valore*" reale, non solamente proclamato.

L'incompatibilità, in quanto diretta a preservare l'autonomia e la libertà dell'avvocato da conflitti di interessi non tollera neppure "*apparenze di condizionamenti*" così come per i magistrati[99]. Lo stesso Codice deontologico degli avvocati europei sembra suggerire l'accostamento della disciplina a quella della magistratura in quanto la «[…] *indipendenza è necessaria per l'attività giuridica come per quella giudiziaria* […]»[100] in modo da avere «*fiducia nella giustizia quanto nell'imparzialità del giudice*»[101].

---

[94] Cfr. C.N.F., parere n. 5 del 28 marzo 2012.

[95] Cfr. C.N.F., parere n. 45 del 21 giugno 2017.

[96] Principio sancito dall'art. 101 della Costituzione.

[97] L'obbligo del magistrato di preservare la propria trasparenza è così sintetizzato da cfr. C. CELENTANO, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ed il Consiglio superiore della magistratura nella giurisprudenza costituzionale*, marzo 2015, in cortecostituzionale.it, p. 2.

[98] Cfr. P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi* (1937), in Opere giurìdiche, a cura di M. Cappelletti, Napoli, 1965, I, pp. 260 e ss. L'importanza sinergica e non subalterna è affrontata, attraverso una ricostruzione rigorosa e organica, da R. BIANCHI RIVA, *Verso il codice deontologico forense. L'autonomia dell'avvocatura nell'Italia repubblicana*, cit., p. 52.

[99] L'art. 16 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 "*Ordinamento giudiziario*" stabilisce che i magistrati «[…] *Non possono nemmeno esercitare industrie o commerci, né qualsiasi libera professione*». Tanto è bastato per precludere al magistrato la partecipazione al consiglio di amministrazione (anche se privo di delega) o il ruolo di presidente del consiglio di amministrazione (privo di rappresentanza). Riguardo la differente sensibilità valutativa: cfr. Corte di Cassazione, Sez. unite, sent. 4 marzo 2021, n. 6004; Corte di Cassazione, Sez. unite, sent. 16 dicembre 2019, n. 33089; Cass. civ., Sez. unite, sent. 10 dicembre 2013, n. 27493; Corte di Cassazione, Sez. unite, sent., 20 settembre 2012, n. 15832; Corte di Cassazione, Sez. unite, sent. 10 agosto 2011, n. 17147; Corte di Cassazione, Sez. unite, sent. 03 agosto 2009, n. 17903. A rafforzare il regime di incompatibilità di funzioni si richiama anche il d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 103 rubricato "*Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della L. 25 luglio 2005, n. 150*". Per un approfondimento cfr. L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, pp. 156 e ss.

[100] In questo modo l'art. 2.1.2. del Codice deontologico degli avvocati europei, cit.

[101] *Ibidem*, art. 2.1.1.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'esposizione precoce alla cultura dell'integrità come strumento di prevenzione e contrasto alla corruzione

di Valentina Maria Donini

(Ricercatrice presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione)

Sommario

1. La formazione in materia di prevenzione della corruzione - 2. Il ruolo della scuola come soggetto centrale nella diffusione di una cultura dell'integrità - 2.1. Il ruolo della scuola nel Progetto ANAC sulla misurazione della corruzione – 3. Quali competenze per l'etica e l'integrità?

Abstract

Considering that unethical conduct underlies all types of corruption, and focusing on corruption mainly as a cultural issue, an effective strategy of fighting corruption cannot disregard the cultural dimension: education and training on ethics and integrity is in fact crucial for strengthening the culture of integrity.
Professional training on prevention of corruption is therefore key, both as an explicit anticorruption measure and an instrument to raise awareness on this issue. However, professional training of civil servants involves people who have already developed their ethical perception and may hence be affected by the cultural, social, economic context. For this reason, ethics, integrity and anti-corruption values should be imparted in schools, in order to empower skills enabling students (potential civil servants in the future) to respond in an ethical way when confronted with an ethical dilemma and to detect conflict of interest, discretion or other ethical blind spots.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. La formazione in materia di prevenzione della corruzione.

La corruzione, nel suo essere un fenomeno multidimensionale, è un problema anche di ordine culturale, dipendente da variabili metagiuridiche come l'educazione, il contesto sociale, l'istruzione[1].

Di conseguenza, non si può sperare di sconfiggere la corruzione senza un'efficace azione culturale che stimoli un cambiamento delle mentalità e degli atteggiamenti, soprattutto nelle nuove generazioni.

Considerare la corruzione non solo come fenomeno penalistico, ma come malattia culturale o sociale[2], fa comprendere, infatti, come sia possibile combatterla solo "con l'affermazione di un nuovo modello di cultura, in particolare di un'etica delle regole, del merito e della concorrenza[3]".

È evidente, come proprio la cultura e la competenza possano rappresentare i fondamentali anticorpi contro la corruzione, ma se è vero che chi è "innamorato" della cultura sarà più incline a evitare comportamenti confliggenti con l'etica e la morale, è anche vero che questa cultura dell'integrità deve essere diffusa soprattutto tra i più giovani[4].

Nelle pubbliche amministrazioni, la dimensione culturale è stata introdotta dalla legge 190/2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) che considera la formazione e le azioni di sensibilizzazione come strumenti per contrastare in modo più efficace la corruzione. Corruzione che oggi viene definita in modo più ampio, trascendendo la dimensione esclusivamente penalistica, a favore di una concettualizzazione più estensiva. E a questo cambio di approccio nella descrizione del fenomeno corruttivo, corrisponde un cambio di passo anche nella strategia di contrasto, che non si

[1] Cfr. AA.VV. (2018), *Becoming Citizens in a Changing World*, IEA International Civic and Citizenship Education Study 2016 International Report. Lo studio considera come la consapevolezza etica dei giovani dipenda anche dal genere e dal contesto familiare: nell'esaminare i ragazzi di 19 paesi, il rapporto ha dimostrato che le studentesse hanno una consapevolezza media statisticamente significativa più alta rispetto agli studenti maschi. Allo stesso tempo, un elevato status socio-economico, misurato dal lavoro dei genitori e dal numero di libri a casa, è un altro elemento che contraddistingue gli studenti con maggiore sensibilità sui temi etici. Particolarmente interessante perché, legato al contesto italiano, è lo studio di A. PROCACCINI, *La percezione della corruzione tra gli studenti di due Province campane*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno, Trimestrale della Svimez*, 1, pp. 157-174, 2021, che evidenzia come il dato territoriale abbia un suo peso nel determinare la soglia di tolleranza degli studenti rispetto al fenomeno corruttivo.

[2] Così ammonivano Falcone e Borsellino, ma anche Papa Francesco sul tema si è espresso molto chiaramente: F. BERGOGLIO, *Guarire dalla corruzione*, Roma, 2013. Si veda anche M. VITALE, M. GARZONIO, *Corruzione. Malattia sociale che distrugge competitività, civiltà, Costituzione e carità*, Bologna, 2010. Per un excursus sulla qualificazione della corruzione nella storia: Cfr. C.J. FRIEDRICH (1972), *The Pathology of Politics: violence, betrayal, corruption, and propaganda*, New York. Cfr. I. SALES, S. Melorio, *Storia dell'Italia corrotta*, Soveria Mannelli, 2019.

[3] R. CANTONE, F. CARINGELLA, *La corruzione spuzza*, Milano, p. 202, 2017.

[4] R. CANTONE, F. CARINGELLA, *La corruzione spiegata ai ragazzi che hanno a cuore il futuro del loro paese*, Milano, 2018, p. 5.

ISSN 2036-7821

concentra più solo sul momento repressivo, ma anche e soprattutto su quello preventivo.

Nel nostro ordinamento la prevenzione si realizza oggi sia attraverso un modello organizzativo il più possibile a prova di infiltrazioni di natura corruttiva, sia incidendo sul terzo pilastro del cosiddetto triangolo della frode[5], cioè quello della razionalizzazione e giustificazione, in modo da innalzare la soglia etica dei dipendenti pubblici con un'azione di tipo "culturale", attraverso l'erogazione di una formazione generale e specifica.

Ma quali sono i contenuti di questa formazione?

Come previsto dalla Convenzione dell'ONU contro la corruzione del 2003, all'art. 7, gli Stati devono favorire "l'offerta di programmi di educazione e di formazione che permettano ai pubblici dipendenti di adempiere le proprie funzioni in modo corretto, onorevole e adeguato e permettano loro di beneficiare di una formazione specializzata appropriata che li sensibilizzi maggiormente ai rischi di corruzione inerenti all'esercizio delle loro funzioni". Entrando più nel merito, l'art. 60 dispone che ogni "Stato Parte, nei limiti delle proprie esigenze, formulerà, svilupperà o perfezionerà programmi di formazione specifici per il proprio personale responsabile della prevenzione e della lotta contro la corruzione".

Nella stessa ottica la Raccomandazione OCSE sull'integrità nel settore pubblico[6] del 2017, che ha sollecitato i Paesi membri a fornire ai dipendenti pubblici informazioni sufficienti, formazione, orientamento e consulenza tempestiva affinché possano applicare gli standard di integrità pubblica sul luogo di lavoro. L'OCSE però, a differenza della Convenzione ONU, aggiunge un'informazione importante sul tipo di formazione richiesta. Secondo la Raccomandazione, infatti, scopo della formazione non è solo conoscere le regole, quanto invece sviluppare le competenze essenziali per

[5] Secondo la teoria del "triangolo della frode", il cosiddetto reato del colletto bianco si verifica solo quando sono presenti allo stesso tempo tre variabili cioè la motivazione, la razionalizzazione (o legittimazione, per cui il dipendente cerca di autoassolversi cercando una giustificazione al proprio comportamento scorretto) e il fattore abilitante, cioè l'opportunità che rende possibile il comportamento di natura corruttiva, ad esempio perché l'amministrazione è organizzata male e presenta punti deboli o falle nel sistema, o perché i controlli sono inadeguati o disfunzionali. Cfr. D.R. CRESSEY, *Other People's Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement*, Glencoe, 1953. Se l'approccio dominante in passato (ad esempio con il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150) era prevalentemente repressivo, volto a intervenire solo sulle motivazioni, spaventando il dipendente con responsabilità e sanzioni nel caso di compimento di un atto illecito, la legge 190/2012 ha modificato la strategia di lotta alla corruzione, intervenendo sul secondo e terzo elemento del "triangolo della frode". Quindi, da una parte, sull'organizzazione, in modo da renderla più funzionale, efficace e il più possibile impermeabile a interferenze corruttive. Ma, dall'altra, sulla razionalizzazione e legittimazione sociale, diffondendo una maggiore consapevolezza etica e una cultura della legalità (in modo da impedire al dipendente di autoassolversi nel caso di comportamenti scorretti). Cfr. V.M. Donini, *Prevenzione della corruzione. Strategie, sfide, obiettivi*, Roma, 2022, pp. 55 e ss.

[6] Adottata dal Consiglio dell'OCSE il 26 gennaio 2017, aggiorna e sostituisce la Raccomandazione del 1998 sul miglioramento della condotta etica nel servizio pubblico, inclusi i Principi di gestione dell'etica nel servizio pubblico.

ISSN 2036-7821

l'analisi dei dilemmi etici e rendere gli standard di integrità pubblica applicabili e significativi nei loro contesti personali. Si tratta quindi del passaggio (fondamentale, ma anche critico) tra conoscere e comprendere le regole e interiorizzarle, elaborando delle qualità particolari che permettano di identificare e soprattutto decodificare il dilemma etico[7].

Ciò è fondamentale, perché una formazione incentrata solo sulla conoscenza delle norme, degli strumenti e delle strategie di lotta alla corruzione, per quanto utile a inquadrare il contesto normativo, non è sufficiente a superare la vecchia logica adempimentale[8].

La legge 190/2012 riproduce in parte lo schema proposto dalla Convenzione di Merida, che distingue tra formazione generale e specialistica. Al comma 11 infatti è prevista la regola generale per cui la Scuola superiore della pubblica amministrazione (oggi Scuola Nazionale dell'Amministrazione), "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e utilizzando le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, predispone percorsi, anche specifici e settoriali, di formazione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni statali sui temi dell'etica e della legalità. Con cadenza periodica e d'intesa con le amministrazioni, provvede alla formazione dei dipendenti pubblici chiamati ad operare nei settori in cui è più elevato, sulla base dei piani adottati dalle singole amministrazioni, il rischio che siano commessi reati di corruzione".

In realtà, la legge 190/2012 richiama l'importanza della formazione anche in altri contesti, ad esempio come propedeutica alla rotazione[9], e in merito alle funzioni del RPCT, specificando al comma 8, che il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza deve definire procedure appropriate per selezionare e formare i dipendenti destinati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione.

Importante ricordare, inoltre, che la formazione non passa solo attraverso gli espliciti interventi formativi, ma ci sono altri strumenti con una funzione "didattica" cioè i codici di comportamento (nazionale e di amministrazione), che incarnano le regole dell'etica pubblica. Grazie all'introiezione dei contenuti di questi codici, infatti, "si

[7] Anche al punto 9 della Raccomandazione torna in evidenza il ruolo del dilemma etico: per cui è auspicabile altresì incoraggiare una cultura aperta in cui dilemmi etici, preoccupazioni concernenti l'integrità pubblica ed errori possano essere discussi liberamente e, se del caso, con i rappresentanti dei dipendenti e in cui l'alta dirigenza sia reattiva e impegnata nel fornire consigli tempestivi e risolvere questioni rilevanti.

[8] Cfr. sul punto A. FERRARINI, M. DI RIENZO, *La grammatica dell'integrità pubblica. Le nuove competenze per la prevenzione della corruzione*, in *Azienditalia*, 2023.

[9] Art. 1 comma 5°, lett. B, che dispone che le pubbliche amministrazioni centrali devono definire «procedure appropriate per selezionare e formare, in collaborazione con la Scuola superiore della pubblica amministrazione, i dipendenti chiamati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione, prevedendo, negli stessi settori, la rotazione di dirigenti e funzionari».

ISSN 2036-7821

intende promuovere valori, non solo proporre doveri e divieti[10]". Per assicurare però il corretto funzionamento di questo sistema è indispensabile che i dipendenti siano resi edotti circa il contenuto dei codici, e per questo motivo la legge 190/2012 al comma 44, dispone che le pubbliche amministrazioni verifichino annualmente lo stato di applicazione dei codici e organizzino attività di formazione del personale per la conoscenza e la corretta applicazione degli stessi.

Va infine ricordato come, anche in ottemperanza agli impegni presi con il PNRR, la formazione abbia oggi un ruolo centrale per valorizzare il capitale umano della pubblica amministrazione e rafforzare le competenze, in un'ottica di maggiore sviluppo e promozione della capacità amministrativa.

A questo proposito, il decreto 36/2022 ha espressamente disposto un aggiornamento del codice di comportamento per inserire all'art. 7 l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di svolgere un ciclo formativo obbligatorio, sia a seguito di assunzione, sia in ogni caso di passaggio a ruoli o a funzioni superiori, nonché di trasferimento del personale sui temi dell'etica pubblica e sul comportamento etico[11].

Inoltre, la recente direttiva sulla formazione del Ministro per la Pubblica Amministrazione ha chiarito come per i dipendenti la formazione costituisca un "diritto soggettivo" e, al tempo stesso, anche un dovere. Per le amministrazioni, invece, la formazione deve costituire un investimento organizzativo necessario e una variabile strategica non assimilabile a mera voce di costo nell'ambito delle politiche relative al lavoro pubblico[12].

In tutti questi interventi, però, non è mai stato chiarito tipologia e contenuto della formazione richiesta in ambito anticorruzione, e ciò ha giustificato, in passato, un approccio ancora teorico, come riscontrato anche dall'ANAC nel PNA 2019 che rilevava come: "sulla base dell'esperienza maturata dall'Autorità nella vigilanza e nella funzione consultiva, si è spesso riscontrata un'impostazione della formazione in materia di prevenzione della corruzione basata prevalentemente sull'analisi della regolazione e delle disposizioni normative rilevanti in materia. Tale approccio non vuole essere assolutamente svalutato, ma si ritiene debba essere arricchito sia con un

[10] Cfr. E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, 2023, p. 196. Cfr. anche E. CARLONI, *I codici di comportamento 'oltre' la responsabilità disciplinare*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1/6, 2017, pp. 158-186.

[11] Un primo schema di codice di comportamento è stato pubblicato nel gennaio 2023, ma il Consiglio di Stato — Sezione Consultiva per gli Atti Normativi con il parere n. 93/2023 (numero affare 01914/2022)— ha espresso delle forti perplessità sul fatto che con tale schema sono di fatto state introdotte regole di condotta, divieti e comandi — che incidono sulle situazioni giuridico-soggettive dei dipendenti pubblici — che non hanno fondamento nella disciplina primaria, necessaria all'attuazione del principio di legalità che deve governare l'azione e l'organizzazione amministrativa. Sul punto cfr. V.M. DONINI, M. RAGONE, *Dipendenti pubblici: da rivedere lo schema di regolamento del nuovo Codice di Comportamento*, in ForumPA.it, marzo 2023.

[12] https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/Ministro%20PA/Zangrillo/2023_marzo/Direttiva_formazione.pdf

ISSN 2036-7821

ruolo più attivo dei discenti, valorizzando le loro esperienze, sia con un lavoro su casi concreti che tengano conto delle specificità di ogni amministrazione[13]".
Di conseguenza, secondo l'ANAC, non basta lo studio dell'impianto normativo per una buona formazione, ma occorre invece "fornire ai destinatari strumenti decisionali in grado di porli nella condizione di affrontare i casi critici e i problemi etici che incontrano in specifici contesti e di riconoscere e gestire i conflitti di interessi così come situazioni lavorative problematiche che possono dar luogo all'attivazione di misure di prevenzione della corruzione[14]".
Proprio su questi due aspetti, problemi etici e individuazione dei conflitti di interessi, si deve insistere particolarmente, vista la mancanza di sensibilità "culturale" in questo ambito.
Di conseguenza, è indispensabile un cambiamento radicale nella programmazione e attuazione della formazione, "affinché sia sempre più orientata all'esame di casi concreti calati nel contesto delle diverse amministrazioni e favorisca la crescita di competenze tecniche e comportamentali dei dipendenti pubblici in materia di prevenzione della corruzione[15]".
Viene quindi messa in evidenza l'importanza del caso concreto, anche per recepire l'indicazione OCSE sulla formazione basata sul "dilemma etico" che invece è centrale per la diffusione di una cultura dell'integrità.
Un pubblico dipendente, infatti, deve essere in grado di riconoscere e decodificare eventuali dilemmi etici per poi gestirli correttamente, in modo da evitare episodi di corruzione o *maladministration*. Occorre quindi sviluppare le conoscenze e soprattutto le competenze necessarie a svolgere in modo efficace ed efficiente tutte le funzioni che possano presentare un rischio di corruzione[16] e a interiorizzare quindi la cultura dell'integrità. Per chiarire il contenuto della nozione di integrità può essere utile ricorrere alla definizione OCSE di integrità, cioè: *l'allineamento coerente e adesione di valori, principi e norme etiche condivisi per sostenere e dare priorità all'interesse pubblico rispetto agli interessi privati nel settore pubblico*[17].
La priorità all'interesse pubblico rispetto a quello privato è al centro anche della definizione ANAC di integrità, contenuta nelle Linee Guida 2016, *Profilo "tipo", conoscenze e competenze specifiche dei soggetti che intervengono nel sistema di prevenzione della corruzione*: "L'integrità e la coerenza implicano assenza di interessi personali nella conduzione dei rapporti con i collaboratori e i soggetti esterni (autorità, contribuenti, utenti, fornitori di servizi ecc.). Ciò comporta capacità di resistenza a

[13] PNA 2019, p. 73.
[14] Ibid.
[15] Ibid.
[16] Cfr. S. BATTINI, V. LOSTORTO, *Il ruolo della formazione nella politica di prevenzione della corruzione*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 89, 2020, p. 229.
[17] OCSE, *Raccomandazione del Consiglio sull'Integrità nel Settore Pubblico*, 2017.

ISSN 2036-7821

indebite sollecitazioni interne o esterne al proprio ambiente di lavoro e, specularmente, intima avversione ad ispirare tali sollecitazioni per tornaconto personale".

Integrità e coerenza rappresentano quindi una delle 14 *soft skills* o competenze trasversali che devono possedere "i soggetti che intervengono nel sistema di prevenzione della corruzione"[18]. Per ogni competenza vengono anche evidenziati gli indicatori per misurare il livello per ogni dipendente della singola competenza. Nel caso dell'integrità, gli indicatori vanno dal punteggio più basso (1, non è un modello di integrità e coerenza), al più alto (5, trasmette valori: il dipendente alla massima estremità della scala di integrità, non bada solo all'integrità della propria condotta, ma, sollecitato da una più alta tensione morale, si preoccupa che tutto il proprio ambiente di lavoro sia improntato ai principi e ai valori di riferimento della propria organizzazione). Nel mezzo ci sono le valutazioni intermedie (2: si adegua, pur con qualche incoerenza, alla normativa Anticorruzione, codice etico, codice di Comportamento; 3: evita accuratamente situazioni di conflitto di interessi). Ma è l'indicatore 4 a lasciare un po' perplessi dal momento che introduce l'elemento dello spirito di sacrificio: il dipendente integro "agisce secondo alti valori etici e professionali, di cui dà testimonianza nel duro impegno di lavoro, superiore ai normali standard, e nella meticolosità e precisione che mette in tutto ciò che fa, anteponendo le necessità dell'ufficio alle esigenze personali e familiari". Al di là della descrizione forse un po' stacanovista del dipendente che sacrifica la famiglia (e in contraddizione con il principio del *work-life balance*), colpisce il fatto che l'integrità sia ancora considerata un qualcosa che costa sacrifici e sofferenza, quando invece si dovrebbero normalizzare i comportamenti etici e virtuosi per farli diventare qualcosa non solo di "normale", ma di conveniente per tutti.

Un esempio in tal senso è la questione relativa alla tutela del whistleblower: finché prevale la narrazione del whistleblower eroe, una sorta di cavaliere solitario senza paura che compie un atto straordinario, sarà molto difficile normalizzare l'istituto. Al contrario, nel momento in cui si capirà che il whistleblower è una persona normale, che davanti a un comportamento illecito decide di non fare finta di non vedere perché è la sua coscienza a imporgli la scelta corretta, si potrà finalmente iniziare a togliere stigma e discredito nei suoi confronti. Per arrivare a tale risultato, però, è fondamentale codificare il whistleblowing come un dovere, ma anche il recente decreto legislativo 24/2023 (che recepisce la direttiva europea 2019/1937), non fa questo passo in avanti[19].

[18] Le altre sono: accuratezza e qualità, assertività, empowerment e sviluppo dei collaboratori, flessibilità, orientamento all'altro, pensiero ideativo, sviluppo e trasferimento del sapere, tensione al risultato, iniziativa, impegno verso l'organizzazione, persuasività, sicurezza di sé, team leadership.

[19] Vedi *infra*, p. 13.

ISSN 2036-7821

Si capisce quindi come nel nostro paese ci sia ancora una forte difficoltà di ordine culturale e di conseguenza è fondamentale un intervento formativo il più precoce possibile su questi temi.

2. Il ruolo della scuola come soggetto centrale nella diffusione di una cultura dell'integrità

Tuttavia, la formazione erogata in ambito professionale, si rivolge a dipendenti pubblici che hanno già un loro personale bagaglio etico e, di conseguenza, potrebbero essere più o meno sensibili a seconda della loro consapevolezza, e della loro individuale soglia etica che, come si è visto, dipende da diverse variabili. Ciò vuol dire che chi ha già una sua sensibilità etica, non avrà bisogno di una formazione specifica sul tema, se non per la componente più tecnica, di aggiornamento sulle normative e procedure, e per far luce sulla corruzione cosiddetta "grigia" [20]. Chi invece non ha tale sensibilità, difficilmente la acquisirà con un percorso formativo, perché sarà troppo saldo nelle sue convinzioni radicate nel tempo.

Infatti, spesso si riscontra[21] come l'interesse e il coinvolgimento del discente in questi programmi formativi sia parimenti proporzionale non solo al suo ruolo all'interno della PA (soprattutto se è chiamato o meno a lavorare su questi temi, sia in qualità di *risk manager* o di *risk owner*), ma anche alla sua personale soglia etica.

Per questo motivo, se in un'aula ci sono numerosi discenti estremamente motivati che, per ragioni professionali o di puro interesse personale, raccolgono volentieri gli spunti di riflessione proposti durante le lezioni, ci sono anche altri discenti che vivono questa formazione (ma poi anche l'applicazione della normativa nella vita lavorativa) come l'ennesimo adempimento burocratico, un ulteriore carico di lavoro che, probabilmente, nella loro personale *Weltanschauung*, non serve a nulla.

Viene quindi spontaneo domandarsi se queste stesse persone, esposte a un'educazione precoce (già dalla scuola dell'infanzia) su temi etici, non avrebbero invece, oggi, un atteggiamento diverso.

Il cambiamento, infatti, come previsto dall'OCSE[22], deve iniziare con l'educazione all'integrità già nelle scuole.

D'altronde, la Dichiarazione adottata alla sessione speciale dell'Assemblea delle Nazioni Unite contro la corruzione nel giugno 2021 espressamente riconosce l'importanza dell'istruzione e della formazione anticorruzione al centro di un

[20] Secondo la nota tripartizione in corruzione nera, bianca e grigia teorizzata da A. HEIDENHEIMER, M. JOHNSTON, *Political Corruption. Concepts and Contexts*, New York, 2002. Sul punto si veda anche A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, p. 20, Torino, 2012.

[21] Dato ricavato dall'esperienza in aula in circa otto anni di insegnamento della materia Prevenzione e contrasto alla corruzione", presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione.

[22] "Building a culture of integrity in society necessarily begins with the education of young people". OECD, Education for Integrity, Teaching on Anti-Corruption, Values and the Rule of Law, 2018, p. 10 https://www.oecd.org/governance/ethics/education-for-integrity-web.pdf

ISSN 2036-7821

approccio il più possibile olistico e multidisciplinare per prevenire e contrastare la corruzione.

Dando quindi per assodato che l'istruzione ha un ruolo cruciale sui meccanismi di partecipazione pubblica e permette di diffondere intolleranza nei confronti dei comportamenti corruttivi, è fondamentale assicurare lo sviluppo e la diffusione di modelli formativi innovativi ed efficaci per inserire in modo sistemico la cultura dell'integrità nei programmi scolastici.

L'esposizione precoce a concetti quali legalità, etica, cittadinanza attiva, contrasto alle mafie, è fondamentale per la costruzione di una coscienza etica dello studente che presto diventerà il cittadino del futuro. Tuttavia, non possiamo trascurare il fatto che spesso la maggiore o minore attenzione ai temi etici dipenda quasi esclusivamente dal tipo di educazione ricevuta in famiglia, e parafrasando il celebre incipit di Anna Karenina, se tutte le famiglie con un'alta soglia etica si assomigliano fra loro, ogni famiglia meno propensa all'etica lo è a modo suo.

Di conseguenza, non potendo fare affidamento su un insieme così eterogeneo, dipendente da variabili esterne quali il contesto socio-culturale di riferimento, le inclinazioni personali e l'ambiente circostante, è fondamentale il ruolo delle istituzioni nel diffondere una cultura dell'integrità e livellare verso l'alto la soglia etica individuale. Questa formazione, però, non può essere rimandata a quando la persona ha già interiorizzato la sua personale dimensione etica, ma deve essere anticipata già dai primi anni di scuola dell'infanzia, dal momento che le competenze e le capacità sociali, così come la sensibilità etica, non sono materie che si possono insegnare con un semplice intervento formativo da adulti, ma sono competenze che vanno acquisite gradualmente, iniziando dai primi anni di scuola.

Secondo il *Compendium of Good Practices on Public Participation and Anti-Corruption Education*, realizzato dal Gruppo Anticorruzione del G20 e approvato al vertice di Bali nel novembre 2022, promuovere una cultura dell'integrità già alla scuola dell'infanzia è una pratica necessaria per diffondere comportamenti virtuosi e promuovere valori quali l'onestà, la responsabilità, la disciplina e il senso di giustizia. In questa direzione vanno gli sforzi di paesi, quali Giappone, Singapore, Corea del Sud[23], dove molta attenzione viene data anche ai materiali da utilizzare e le metodologie da seguire per affrontare questi argomenti con bambini molto piccoli, come ad esempio giochi di ruolo, simulazioni, ma anche spettacoli di burattini o altri tipi di animazioni artistiche che consentano un'immedesimazione nei dilemmi etici che vengono rappresentati sotto forma di fiaba o gioco.

[23] Tutti paesi che hanno una posizione migliore dell'Italia nell'indice di percezione della corruzione di Transparency International. Ma va detto che programmi di diffusione della cultura dell'integrità nelle scuole materne sono presenti anche in Argentina, Brasile, Arabia Saudita, Indonesia, Cina, India e Turchia.

ISSN 2036-7821

Ovviamente questo tipo di formazione deve proseguire poi con modalità e strumenti adatti alle diverse età anche alla scuola primaria e secondaria, inserendo la cultura dell'integrità come materia curricolare e anche con attività extracurricolari.
A livello internazionale non si può non citare l'iniziativa GRACE (Global Resource for Anti-Corruption Education and Youth Empowerment) promossa dall'UNODC, diretta a rafforzare la capacità degli Stati di prevenire la corruzione e incoraggiare efficaci politiche educative per inserire nei corsi di studio materie come l'anticorruzione, integrità ed etica. Attraverso materiali audiovisivi[24] che stimolano il pensiero critico, l'empatia e il lavoro di squadra, il programma mira a diffondere tra i bambini della scuola primaria i valori di *accountability*, onestà, integrità, rispetto ed equità. Per i ragazzi della scuola secondaria GRACE fornisce invece materiali quali video, fumetti, libri, e giochi da tavola[25].
In Italia, la legge 92/2019 dispone espressamente all'art. 1 che la "condivisione e la promozione" del principio di legalità rientri tra gli obiettivi dell'insegnamento dell'educazione civica, oggi reintrodotto nel primo e secondo ciclo di istruzione. E all'art. 2 specifica come "iniziative di sensibilizzazione alla cittadinanza responsabile sono avviate già dalla scuola dell'infanzia".
Sicuramente reintrodurre lo studio dell'educazione civica a scuola è il primo passo nella giusta direzione, ed è condivisibile la scelta di una prospettiva trasversale dell'insegnamento[26] che ponga al centro la trasmissione e condivisione di valori e principi e non il mero trasferimento di conoscenza e nozioni. Tuttavia, non si può fare a meno di notare come le 33 ore annue previste, che includono tematiche molto eterogenee, forse non siano abbastanza[27].
Inoltre, l'educazione alla legalità non dovrebbe rimanere confinata nello studio dell'educazione civica, ma dovrebbe avere una dimensione generale che vada oltre i singoli progetti. Questo perché, come raccomanda anche l'OCSE, è necessario un approccio il più sistemico possibile[28]. A questo proposito, l'OCSE, infatti, auspica non

[24] Purtroppo, i materiali audiovisivi, disponibili in inglese, arabo, francese, kazako, portoghese, russo, spagnolo, turco, uzbeko e anche in alcune lingue indigene dell'America Latina, quali quechua, aymara e guarani, e nella lingua dei segni colombiana, non sono ancora stati tradotti in italiano, mentre esiste una traduzione italiana solo del libro. (GRACE Initiative: Primary Level (unodc.org))

[25] Tutto scaricabile dal sito GRACE Initiative: Secondary Level - Games (unodc.org)

[26] Cfr. Linee guida per l'insegnamento dell'educazione civica, p. 2: "L'educazione civica, pertanto, supera i canoni di una tradizionale disciplina, assumendo più propriamente la valenza di matrice valoriale trasversale che va coniugata con le discipline di studio, per evitare superficiali e improduttive aggregazioni di contenuti teorici e per sviluppare processi di interconnessione tra saperi disciplinari ed extradisciplinari".

[27] I nuclei tematici dell'insegnamento dell'educazione civica individuati dall'art. 1(2) della legge 92/2019 sono: 1. Conoscenza della Costituzione italiana e delle istituzioni dell'Unione europea, per sostanziare in particolare la condivisione e la promozione dei principi di legalità; 2. Cittadinanza attiva e digitale; 3. Sostenibilità ambientale e diritto alla salute e al benessere della persona.

[28] A oggi possiamo citare diversi progetti molto interessanti e molto ben realizzati che hanno coinvolto però solo le scuole che hanno scelto di aderire. Si veda ad esempio l'esperienza lanciata nel 2013 del Piccolo atlante della corruzione, promossa dall'associazione Libertà e Giustizia, in collaborazione con ANAC, ANM, MIUR, Università

ISSN 2036-7821

solo l'inserimento di un corso specifico dedicato all'integrità e legalità, ma anche la riscrittura dei curricula preesistenti, in modo da integrare e incorporare l'educazione all'etica e alla legalità in ogni materia[29].

2.1. Il ruolo della scuola nel Progetto ANAC sulla misurazione della corruzione

Nell'annosa questione relativa alla misurazione della corruzione (o più correttamente del rischio di corruzione), in cui si evidenziano limiti e criticità dei vari indicatori[30],

---

di Pisa e il quotidiano La Repubblica. Nella stessa direzione anche la Carta d'intenti tra Miur, Associazione nazionale magistrati (ANM), Direzione nazionale antimafia (DNA), Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), Consiglio superiore della magistratura (CSM), Ministero della Giustizia, finalizzata, tra l'altro, proprio a "sensibilizzare le studentesse e gli studenti sui temi della legalità e della conoscenza e osservanza delle regole di cittadinanza attiva". Si veda anche il progetto "Legalità e merito nelle scuole", promosso dall'Università Luiss Guido Carli, giunto alla quinta edizione, e diretto a trasformare gli studenti universitari in "ambasciatori della legalità" nelle scuole superiori. Un programma particolarmente interessante è "A Scuola di Opencoesione", un percorso didattico innovativo finalizzato a promuovere e sviluppare nelle scuole italiane principi di cittadinanza attiva e consapevole, attraverso attività di ricerca e monitoraggio civico dei finanziamenti pubblici europei e nazionali. Il progetto permette di sviluppare competenze digitali, statistiche e di educazione civica, per aiutare gli studenti a conoscere e comunicare, con l'ausilio di tecniche giornalistiche, come le politiche pubbliche, e in particolare le politiche di coesione, intervengono nei luoghi dove vivono. Cfr. https://www.ascuoladiopencoesione.it/.

[29] In maniera molto pratica, si suggerisce ad esempio di inserire le tematiche della legalità e dell'etica nelle lezioni di lingua, letteratura, storia. OECD, Education for Integrity, Teaching on Anti-Corruption, Values and the Rule of Law, 2018, p. 11, https://www.oecd.org/governance/ethics/education-for-integrity-web.pdf.

[30] Le statistiche giudiziarie, ad esempio, sono sicuramente utili perché servono a indicare un dato oggettivo, ma non restituiscono la portata reale del fenomeno. Il numero esiguo di reati denunciati e il rapporto tra denunce e condanne fa capire, infatti, come questo dato sia insufficiente e inadeguato perché rimane esclusa la cosiddetta cifra oscura, e la corruzione non penalmente rilevante che si identifica con il concetto di *maladministration*. Allo stesso tempo, anche gli indicatori esperienziali presentano dei limiti: un esempio interessante è il *Global Corruption Barometer* (ma lo stesso discorso vale anche per il *World Business Environment Survey* della Banca Mondiale), che si basa su interviste a imprenditori, sondaggio pubblicato da Transparency International. Si tratta di una raccolta di interviste fatte ai cittadini dei paesi dell'UE, con domande molto esplicite per cui si può riscontrare una certa diffidenza e resistenza a fornire una risposta sempre onesta, quindi, il rischio di sottovalutazione del fenomeno è alto. Problema inverso presentano invece gli indicatori percettivi che si basano non su dati oggettivi bensì sulle mere percezioni degli intervistati. Ciò vuol dire che anche con questi autorevoli strumenti (si pensi ad esempio all'Indice di percezione della corruzione di *Transparency International*, elaborato la prima volta nel 1995, o al *Corruption Control Index* nell'ambito del progetto della Banca Mondiale dei *Worldwide Governance Indicators*), non si arriva a comprendere la reale portata del fenomeno corruttivo, ma appunto solo la sua "percezione". Questi strumenti, infatti, si basano sulla «rappresentazione individuale e collettiva, soggetta, come noto, a incontrollabili dinamiche di conformazione e condizionamento mediatico» (Romano et al., 2020, p. 169). In questi casi si rischia al contrario una sopravalutazione del fenomeno: più si perseguono i fenomeni corruttivi sul piano della prevenzione e le fattispecie di reato sul piano della repressione, maggiore è la percezione del fenomeno. Sull'importanza della misurazione della corruzione si veda G. TARTAGLIA POLCINI, *Perché una lotta efficace alla corruzione comincia dalla sua corretta misurazione*, Policy Brief, 2/2023, Luiss, School of Government; A.M. DURANTE MANGONI, *La misura della corruzione. Come andare oltre l'approccio della percezione, sostenendo la reputazione del Paese e la capacità di attrarre investimenti. Commento alla Risoluzione n. 8/10*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 1, 2020, pp. 13-9; R. RAZZANTE, G. TARTAGLIA POLCINI, *Prevenzione e repressione della corruzione a livello internazionale. La relativa fallacia degli indicatori di rating e le moderne strategie di contrasto*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 1, pp. 1-11, 2017; G. TARTAGLIA POLCINI, *Il paradosso di Trocadero*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 22 ottobre (www.dirittopenaleglobalizzazione.it); E. CARLONI, *Misurare la corruzione?*

ISSN 2036-7821

particolarmente interessante è il progetto dell'ANAC diretto a costruire un insieme di indicatori scientifici in grado di stabilire quanto sia alto il rischio corruzione[31]. Partendo dal presupposto che la corruzione non è esente da una certa incidenza statistica, per cui si riscontrano fattispecie ricorrenti in determinati contesti quando si verifica un atto di natura corruttiva, l'ANAC ha individuato numerosi indicatori suddivisi in tre aree diverse, o *dashboard*, cioè contesto, appalti e comuni. Questi indicatori, che sostanzialmente sono delle spie o *red flags* che si attivano quando si riscontrano eventuali anomalie, dovrebbero essere in grado di identificare concretamente la possibilità che si verifichi il fenomeno di natura corruttiva e, quindi, di prevenirlo.

L'area relativa al contesto è costituita da quattro domini tematici, criminalità, istruzione, capitale sociale, economia e territorio, che raccolgono in tutto 18 indicatori. Concentrandosi sui domini relativi a istruzione e capitale sociale, si possono evincere due considerazioni.

In primo luogo, risulta evidente la correlazione tra corruzione e istruzione: più è elevato il livello di istruzione, meno tolleranza c'è nei confronti della corruzione. Di conseguenza si ribadisce il ruolo imprescindibile della scuola nella formazione di una classe di futuri cittadini eticamente responsabili.

In secondo luogo, la coesione della comunità di appartenenza e l'affidabilità e lealtà degli attori pongono le basi per uno sviluppo sano, e relazioni corrette tra cittadini e istituzioni. Quello che colpisce però sono le variabili utilizzate per calcolare l'indicatore del capitale sociale, perché oltre a *partecipazione delle donne alla vita politica* e *tasso di donatori di sangue*, le altre tre variabili riguardano il mondo scolastico.

Segregazione grado V, indica infatti il grado elevato di concentrazione (superiore a una certa soglia critica) di studenti appartenenti allo stesso gruppo sociale[32]. L'indicatore fornisce quindi una misura della differenza tra lo status socio-economico-culturale medio delle famiglie degli studenti appartenenti ad una classe, rispetto ai valori medi della scuola. Maggiore è la segregazione, maggiori i rischi di corruzione, nel momento in cui si creano gruppi chiusi non esposti all'esterno e alla diversità, e di conseguenza viene meno l'azione equalizzatrice della scuola.

Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione, in *Politica del diritto*, 3, 2017, pp. 445-46.; M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi: obiettivi, metodo, esperienze*, Milano, 2018; J. GAGLIARDI, *La misurazione della corruzione. Tra attualità e prospettive nell'esperienza italiana*, in *Amministrazione in cammino*, 26 agosto (www.amministrazioneincammino.luiss.it).

[31] Misurazione del rischio di corruzione a livello territoriale e promozione della trasparenza, nell'ambito del Programma operativo nazionale governance e capacità istituzionale 2014-20 (https://www.anticorruzione.it/il-progetto).

[32] È evidente, infatti, come ostacolare l'inclusione sociale e l'equità di trattamento tra studenti con diversi retroterra sociali rappresenta un vero fallimento della missione educativa della scuola (Cfr. C. RANCI, *Separati a scuola. La segregazione scolastica a Milano*, in *Quaderni della coesione sociale*, 2019, 1).

ISSN 2036-7821

Ma sono le altre due variabili a essere particolarmente interessanti: se *varianza grado V matematica* indica la percentuale di scuole in cui la varianza dei punteggi nei test di matematica INVALSI tra classi è superiore al dato nazionale (e ciò rappresenta quindi un'anomalia che potrebbe segnalare un rischio di corruzione) la variabile *cheating grado II* di matematica segnala esplicitamente la probabilità che la classe nella quale si trova lo studente abbia attuato comportamenti opportunistici/anomali in fase di compilazione dei test INVALSI..

Da ciò si desume che la tendenza su vasta scala a copiare in classe (quindi a trasgredire una norma etica, alla quale però non è sempre associato, a seconda dei contesti, una riprovazione morale o una sanzione disciplinare) è un indicatore di un potenziale rischio di corruzione. D'altronde, sovrapponendo la mappa che si ricava dalla lettura dell'indicatore sul dato italiano, ai dati sulla maggiore diffusione della corruzione nelle diverse regioni, non si resterà sorpresi dal notare una sostanziale coincidenza.

Tutto ciò non fa quindi che ulteriormente dimostrare l'importanza del ruolo della scuola come laboratorio etico, e l'urgenza di esporre il più precocemente possibile gli studenti alla cultura dell'integrità.

3. Quali competenze per l'etica e l'integrità?

L'allegato B alle Linee guida per l'insegnamento dell'educazione civica, specifica in modo molto puntuale le competenze da raggiungere alla fine del primo ciclo di istruzione riferite all'insegnamento trasversale dell'educazione civica[33]. Nel lungo elenco non vengono però esplicitate le cosiddette competenze per l'integrità, cioè quelle competenze necessarie per riuscire a comprendere, decodificare e affrontare un dilemma etico.

Nella vita scolastica è possibile, infatti, che alunni e docenti si trovino di fronte a un dilemma etico, ma se l'alunno non ha ancora le competenze per affrontarlo correttamente, il docente formato su questi tempi può invece utilizzare il momento della "crisi", il dilemma appunto, come straordinario strumento di apprendimento e di crescita per tutto il gruppo classe.

[33]Competenze multidisciplinari che comprendono: il concetto di prendersi cura di sé, della comunità, dell'ambiente; i principi di solidarietà, uguaglianza e rispetto della diversità; il concetto di Stato, Regione, Città Metropolitana, Comune e Municipi; i principi di libertà sanciti dalla Costituzione Italiana e dalle Carte Internazionali; la necessità di uno sviluppo equo e sostenibile, rispettoso dell'ecosistema, nonché di un utilizzo consapevole delle risorse ambientali; il rispetto verso gli altri, l'ambiente e la natura; atteggiamento critico e razionale nell'utilizzo delle fonti energetiche; classificare i rifiuti, e riciclaggio; corretto utilizzo e riconoscimento dei diversi device; corretto comportamento in rete; concetto di dato; distinzione tra identità digitale e identità reale; privacy e rischi della rete.

ISSN 2036-7821

Ovviamente non è un percorso semplice da realizzare, dal momento che è difficile anche per l'adulto individuare i rischi corruttivi nella sua vita professionale[34]. Questo perché ci sono delle situazioni in cui è obiettivamente difficile interpretare il dilemma etico, e non basta sapere che un certo comportamento non è eticamente accettabile, se non si riesce a capirlo e spiegarne il perché.

Come quando S. Agostino a proposito del tempo scriveva: "Se nessuno me ne chiede, lo so bene, ma se volessi darne spiegazione a chi me ne chiede, non lo so", allo stesso modo, spiegare perché certe situazioni sono potenzialmente pericolose (perché espongono al rischio di corruzione), non è facile. Occorre, quindi, sviluppare le competenze per l'integrità. Competenze che dovrebbero far parte del bagaglio culturale non solo di ogni dipendente pubblico, ma di ogni cittadino, e per questo dovrebbero essere apprese già a scuola.

Ma come si apprendono queste competenze?

Non con il mero trasferimento di nozioni ma secondo i principi del cosiddetto *hidden curriculum*, cioè una implicita e indiretta trasmissione di atteggiamenti, valori, conoscenze e principi, attraverso i comportamenti quotidiani nella vita scolastica[35].

Si tratta in pratica di fornire quello che l'OCSE definisce "resource kits prepared by government institutions or civil society actors[36]", una sorta di "pacchetto divulgativo sulla prevenzione della corruzione".

Ad esempio, sviluppando simulazioni e scenari interattivi su tematiche quali il rispetto dei beni comuni, la corretta gestione dei primi conflitti di interessi che si possono presentare in ambiente scolastico, il superamento dell'omertà.

Spesso si accetta passivamente l'idea che il bene comune non appartenga a nessuno, e possa quindi essere danneggiato, imbrattato, logorato. Occorre quindi un cambiamento di prospettiva che porti a considerare il bene comune non più come un bene "di nessuno" ma "di tutti" , e di conseguenza, le vittime del danneggiamento del bene comune, oltre alla collettività, sono anche gli stessi autori del

[34] Si pensi ad esempio alla recente rilevazione effettuata da ANAC, *Analisi di esperienze e criticità rilevate dai Responsabili per la Prevenzione della Corruzione e per la Trasparenza - gennaio 2023*, in cui viene sottolineato come la "scarsa rilevazione di conflitti d'interessi e violazioni della disciplina sul pantouflage potrebbe sottendere una seria difficoltà nell'intercettazione dei fenomeni con conseguente inefficacia della strategia di prevenzione sul punto". https://www.anticorruzione.it/-/analisi-di-esperienze-e-criticit%C3%A0-rilevate-dai-responsabili-per-la-prevenzione-della-corruzione-e-per-la-trasparenza-gennaio-2023. Ciò vuol dire che nonostante le procedure e le misure messe in atto, manca ancora una sensibilità, proprio da parte dei cosiddetti *risk manager*, per individuare il conflitto di interessi (situazione ad altissimo rischio corruttivo, se non gestita correttamente).

[35] Sul punto cfr. C.D. JERALD, *School Culture: the Hidden Curriculum*, Washington DC, The Center for Comprehensive School Reform and Improvement, 2006; S. PURNAMA, D. SUNDAWA, *The Development of Anti-Corruption Education Model to Support Students Integrity Character in Schools Through Civic Education*, in *The Asian Conference on Education & International Development- Conference Proceedings*, 2017; T. HANDAYANI, F. RAHMANDANI, *An Enculturation Model of Anti-Corruption Values Based on a Heutagogical Approach in High Schools*, in *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, vol. 662, 2021, pp. 1-6; C. MUNRO, M. KIRYA, *Values education for public integrity. What works and what doesn't*, in U4 Issue 2020, 8.

[36] OECD, 2018, p. 13.

ISSN 2036-7821

danneggiamento, che si condannano a interagire in uno spazio brutto, degradato, rovinato: corrotto. Ed è ben noto come la bellezza sia un antidoto alla corruzione[37], e ancor di più in tema ambientale, dove il legame tra corruzione e distruzione dell'ambiente è sotto gli occhi di tutti. Ma anche in questo ambito non basta il solo approccio repressivo[38], bensì è fondamentale una "prevenzione sociale, che richieda una cittadinanza pronta a reagire, con la denuncia e la mobilitazione, a ogni sfregio all'ambiente e al paesaggio, che è irrimediabilmente un furto commesso ai danni di ognuno di noi[39]".

Un altro grande tabù nel nostro paese è un malinteso senso di appartenenza che impone ai componenti di un gruppo (siano essi docenti, discenti o pubblici dipendenti in genere) il silenzio come espressione di senso solidarietà, quando invece questo silenzio altro non è che una vera e propria omertà. Per questo motivo, chi vorrebbe segnalare episodi di cattiva amministrazione, corruzione, spreco di risorse pubbliche, spesso non ci riesce, sia per paura di ritorsioni, sia per non "danneggiare" un collega o un amico. Questo perché nelle scuole materne (ma talvolta anche negli ordini successivi), risuona ancora imperterrito il mantra: "chi fa la spia non è figlio di Maria", inibendo in questo modo qualunque reazione etica in chi voglia staccarsi da una maggioranza non sempre rispettosa delle regole.

Non ci dobbiamo stupire. quindi, se nella nostra realtà socio-culturale risulti difficilissimo impiantare un istituto di tradizione anglosassone come la tutela del *whistleblower*, istituto che sebbene oggi sia riconosciuto a livello legislativo dalla l. 179/2017 e dal decreto 24 del 10 marzo 2023 che ha finalmente recepito la direttiva comunitaria 2019/1937, a livello operativo stenta ancora a decollare per i timori di un suo uso distorto, e per la generale mancanza di consapevolezza che ancora porta troppe persone a confondere il *whistleblowing* con la delazione[40].

---

[37] Basta citare la celebre frase di Peppino Impastato per ricordarci come la corruzione, il degrado, la mafia, si nutrano del "brutto": "Se si insegnasse la bellezza alla gente, la si fornirebbe di un'arma contro la rassegnazione, la paura e l'omertà. All'esistenza di orrendi palazzi sorti all'improvviso, con tutto il loro squallore, da operazioni speculative, ci si abitua con pronta facilità, si mettono le tendine alle finestre, le piante sul davanzale, e presto ci si dimentica di come erano quei luoghi prima, ed ogni cosa, per il solo fatto che è così, pare dover essere così da sempre e per sempre. È per questo che bisognerebbe educare la gente alla bellezza: perché in uomini e donne non si insinui più l'abitudine e la rassegnazione ma rimangano sempre vivi la curiosità e lo stupore".

[38] Per quanto sia fondamentale in questo ambito la l. 68/2015 che sanziona i cosiddetti "ecoreati".

[39] R. CANTONE, F. CARINGELLA, *La corruzione spuzza*, Milano, 2017, p. 37.

[40] Sul whistleblowing, in generale, si veda ad esempio: R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, p. 3; N. PARISI, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, 2016, p. 191; D.U. GALETTA, P. PROVENZANO, *Il whistleblowing come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella P.A.*, in *Federalismi.it*, 2020, 18; M.G. PACILLI, G. SANT, I. GIOVANNELLI, S. PAGLIARO, S. SACCHI, M. BRAMBILLA, F. SPACCATINI, *La denuncia delle condotte illecite in ambito organizzativo: una rassegna sul fenomeno del whistleblowing*, in *Psicologia sociale*, 3, 2020, pp. 369-401; A. SITZIA, S. RIZZATO, *Il «lanceur d'alerte», alias «whistleblower», tra lotta alla corruzione, trasparenza e «parresia»*, in *Amministrare, Rivista quadrimestrale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione pubblica*, 2018, 3, pp. 399-430; F.M. PERRONE, *Il whistleblowing da adempimento*

Il fatto che non si colga la differenza tra segnalazione (di un illecito, fatta nell'interesse dell'integrità dell'amministrazione) e delazione (denuncia segreta motivata da ragioni riprovevoli, ad esempio per danneggiare una persona innocente) è il sintomo di una debolezza culturale che andrebbe sanata con azioni di sensibilizzazione, divulgazione, corsi di formazione, ma soprattutto con un cambio di mentalità in chi forma i pubblici dipendenti[41], ma anche le giovani generazioni.

Ma se è vero che non si può imporre dall'alto un termine (e un istituto) ancora troppo lontano dalla nostra cultura, è anche vero che solo "il progredire del dibattito intorno al tema e l'intensificarsi dell'interesse pubblico per la "cosa" designata consentirà di sviluppare e radicare una designazione linguistica condivisa"[42].

Per questo motivo, la scuola potrebbe e dovrebbe farsi carico di una nuova narrazione sul tema, che attraverso i racconti di esempi virtuosi, di chi ha avuto il coraggio con la segnalazione di reagire a corruzione, criminalità, *maladministration*, trasmetta nelle giovani generazioni una nuova cultura dell'etica e della responsabilità.

D'altronde lo diceva lo scrittore Gesualdo Bufalino: la mafia si sconfigge solo con un esercito di maestre elementari. E lo stesso vale anche per la corruzione.

---

burocratico ad opportunità di promozione di una cultura etica nella P.A., in un necessario passaggio da un sistema di regole ad un sistema di valori, in *Amministrativ@mente, rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2017, 1-2. Vedi anche V.M. DONINI, *La tutela del whistleblower tra resistenze culturali e criticità legislative*, in *Penale.Diritto e procedura*, 2021, n. 4, pp. 759-778.

[41] In questa direzione si inserisce la ricerca "Formare per trasformare: Amministrazione aperta e modelli formativi innovativi per una più efficace attuazione dell'istituto del whistleblowing", realizzata dalla Scuola Nazionale dell'Amministrazione nell'ambito delle attività di ricerca 2021-2022 e delle iniziative di Open Government Partnership, in attuazione del Quinto Piano d'Azione nazionale per il governo aperto, in particolare, l'impegno 2.02 "reti a supporto del whistleblower", e che è stata inserita nel già citato Compendio promosso dal Gruppo Anticorruzione del G20, come "buona pratica". Cfr. V.M. DONINI, V. LOSTORTO, N. ZAMARO, *Formare per trasformare: l'impatto trasformativo della formazione sulla prevenzione della corruzione. Prime riflessioni*, in *Amministrativ@mente, rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2022, n. 4, 2022, pp. 244-268.

[42] Accademia della Crusca, https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/che-cosa-indica-e-come-si-traduce-la-parola-inglese-whistleblower/918.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Porti franchi e zes: della mitologia e dei rischi di utilizzo improprio di una categoria di istituti vagamente definita e camaleontica

di Salvatore Villani

(Ricercatore e Professore Aggregato di Scienze delle Finanze, Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Introduzione – 1.1. I porti franchi del lusso: una forma speciale di ZES in forte espansione – 1.2. Porti franchi e ZES: i rischi legati al loro utilizzo "improprio" – 1.3. Obiettivi e struttura dell'articolo – 2. Zone franche, punti franchi e ZES: evoluzione storica degli istituti e primi tentativi di normazione – 2.1. La prima comparsa dell'istituto presso i popoli dell'antichità – 2.2. I porti franchi del medioevo e del Rinascimento – 2.3. La proliferazione delle franchigie e la diffusione della pratica del contrabbando nei porti franchi dell'Italia preunitaria – 2.4. Lo Stato italiano, i porti franchi e la questione meridionale – 2.5. I porti franchi e la politica economica del fascismo – 2.6. La forte diffusione delle ZES nel XX e XXI secolo – 3. Le ZES nell'esperienza giuridica contemporanea – 3.1. Le denominazioni e classificazioni più utilizzate in ambito nazionale ed internazionale – 3.2. Le ZES nel diritto economico internazionale – 3.3. Le ZES nel diritto tributario vigente – 3.3.1. Le zone franche doganali – 3.3.2. Le zone franche urbane – 3.3.3. Le zone economiche speciali – 3.3.4. Le zone logistiche speciali – 4. I meccanismi giuridici che hanno favorito la diffusione dei nuovi porti franchi del lusso – 4.1. Porti franchi e depositi franchi: disciplina, fondamento giuridico e caratteristiche distintive – 4.2. La riforma del codice doganale svizzero e l'incredibile ascesa dei nuovi porti franchi del lusso – 4.3. Conseguenze dell'errata interpretazione del concetto di extraterritorialità delle zone franche – 5. I *luxury free ports* e le norme europee di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo — 6. La questione della legittimità costituzionale delle agevolazioni fiscali collegate alle ZFU e alle ZES – 6.1. La differente natura delle fattispecie – 6.2. Le principali teorie sulla compatibilità tra le misure previste e le norme costituzionali – 7. Conclusioni.

Abstract

Most of the abundant literature on special economic zones (SEZs) insists on touting the potential of the instrument and on considering all types of SEZs as a model of successful public intervention. An aspect little investigated - and so far the subject of little study - concerns, however, the juridical nature of the institutions and their usual correlation, not by chance found since the most ancient times (reported since the seventeenth century AD, but dating back very probably to more ancient times), with the performance of numerous illicit activities and crimes, such as smuggling and tax evasion. This correlation effectively transforms the ZES into a tempting business opportunity for criminal and terrorist organizations, making their introduction inadvisable, without an adequate system of controls aimed at preventing criminal infiltration.

With this article we intend to analyze the aforementioned aspects in more detail, illustrating the juridical mechanisms through which a certain type of SEZ, the free port, has adapted to certain legislative dynamics (such as the evolution of the international law to combat fraud and tax evasion) and market (e.g., the demand for safe-haven assets and high-level asset management/advisory services), and has gradually transformed into a new form of tax haven (or, if you prefer, of offshore companies) capable of transforming wealth, or making it invisible, to meet the needs of the richest and of criminal and terrorist organizations.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

1.1. I porti franchi del lusso: una forma speciale di ZES in forte espansione

«Giganteschi musei segreti spuntano oggi in terre di nessuno, che eludono le sovranità nazionali e sbarrano l'accesso al pubblico. Sono i luoghi di stoccaggio esentasse, dove le opere – pur restando sigillate nelle loro casse – sono usate come valuta alternativa per la circolazione di capitali miliardari da una sponda all'altra del globo. Un'arte senza frontiere, intrappolata in zone di transito permanente; un'arte immune da tasse, ma non dall'obbligo di essere una risorsa, od una facciata»[1]. Con queste parole, la regista e scrittrice tedesca Hito Steyerl – attenta studiosa dell'arte contemporanea e dei suoi sviluppi nell'epoca della globalizzazione – descrive l'attuale tendenza ad utilizzare i cosiddetti "porti franchi" (*Freeports*) per effettuare investimenti speculativi e per sottrarre ingenti quantità di danaro alle legittime pretese del Fisco. Un fenomeno, questo, che caratterizza sempre più l'arte contemporanea e che ne mette interamente in discussione il ruolo, nonché il significato, nell'epoca della sua diffusione globale ed al di fuori degli spazi tradizionali[2].

Può sembrare infatti una cosa assurda o senza senso, ma oggi una grandissima quantità di opere d'arte e di altri beni da collezione (oggetti d'antiquariato, reperti archeologici, gioielli e pietre preziose, auto d'epoca, vini e *whisky* pregiati) sono custoditi all'interno di magazzini e capannoni multipiano, situati all'interno di ampie aree geograficamente delimitate (intercluse) e chiaramente identificate, considerate – per *fictio iuris* – extraterritoriali e, in quanto tali, sottoposte ad un regime doganale e/o fiscale agevolativo.

Si tratta di aree dotate di enormi depositi blindati e, sempre più frequentemente, anche di lussuosi *showroom* e salottini privati. In questi spazi, lontano da sguardi indiscreti, le opere custodite si spostano da una sala all'altra, a volte senza nemmeno essere tolte dagli imballaggi, trasformate in una mera forma di investimento alternativa, o meglio, in un "bene rifugio", utile a proteggere la propria ricchezza nei periodi di crisi economica o finanziaria e di forte instabilità dei prezzi.

---

[1] H. STEYERL, *Duty Free Art. Art in the Age of Planetary Civil War*, Johan & Levy, Monza, 2018, II di copertina.

[2] Sul significato del porto franco come modello simbolico per la comprensione delle attuali tendenze nel mondo dell'arte, vedasi l'interessantissima monorafia di John Zarobell dal titolo *Art and the Global Economy* (University of California Press, Berkeley e Londra, 2017) ed il numero speciale del 2021 della rivista «Arts»: «Queste strutture di stoccaggio, spazi fuori dalla portata del controllo normativo su opere d'arte ed oggetti da collezione, hanno iniziato a ricevere l'attenzione dei giornalisti che si sono interessati della rete *offshore* rappresentata da questi magazzini. I porti franchi operano come i conti della Swiss Bank, ma per i beni materiali; lì i ricchi possono nascondere i loro tesori esentasse. Considerare i porti franchi offre un'altra visione sulla globalizzazione del mondo dell'arte, perché qui è possibile tracciare lo sviluppo di un nuovo mezzo per seguire gli investimenti di capitale che hanno trasformato il mercato dell'arte negli ultimi decenni» (J. ZAROBELL, *Arts Special Issue "The Contemporary Art Market". Editorial*, «Arts», 10(3), giugno 2021, p. 43, traduzione dell'autore).

ISSN 2036-7821

Questa particolare forma di Zona Economica Speciale (ZES) deputata al commercio dei beni di lusso e da collezione, e per tale ragione denominata *Luxury Freeport*, sta attraversando, da tempo, una fase di forte espansione a livello mondiale: nel mondo si contano oramai migliaia di porti franchi, che offrono, oltre alla semplificazione delle pratiche commerciali e alla tradizionale possibilità di differire dazi ed oneri fiscali, elevati *standard* di sicurezza e segretezza, molteplici competenze e professionalità in campo artistico, ma anche in ambito tributario e finanziario, infrastrutture (enormi sale espositive e salottini blindati, dotati di meccanismi di regolazione automatica della temperatura e dell'umidità) e servizi particolari (di autentica, consulenza e valutazione), studiati appositamente per orientare i clienti nell'effettuazione di una corretta valutazione e gestione della propria ricchezza (*Holistic Wealth Management*).

I modelli del porto franco e della ZES sono così diventati una ghiotta opportunità di *business*, non solo per le persone più abbienti e facoltose del pianeta, ma anche per le organizzazioni criminali e terroristiche, interessate principalmente a riciclare i proventi dei reati per finanziare le loro attività[3]: il Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI) ha segnalato i porti franchi e le ZES come «una minaccia per il riciclaggio di danaro, beni o utilità di provenienza illecita ed il finanziamento del terrorismo»[4]; l'Organizzazione mondiale delle dogane (OMD) ha pubblicato una ricerca sui pericoli di un «coinvolgimento doganale di basso livello» (*low-level customs involvement*) dei porti franchi[5]; il Parlamento europeo ne ha persino chiesto l'urgente graduale eliminazione a causa della loro evidente vulnerabilità criminale[6].

È significativo, inoltre, che l'esito della procedura di consultazione, lanciata nel febbraio 2020 dal governo del Regno Unito in merito alla proposta di introdurre otto nuovi porti franchi per rilanciare la crescita economica e stimolare gli investimenti, comprenda un'intera sezione sulla prevenzione della criminalità e della utilizzazione "impropria" di tale istituto[7], che lo trasforma, di fatto, in un nuovo strumento di pianificazione fiscale aggressiva o di paradiso fiscale[8].

---

[3] Cfr. P.M. GILMOUR, *Freeports: Innovative trading hubs or centres for money laundering and tax evasion?*, «Journal of Money Laundering Control», vol. 25, n. 1, 2021, pp. 63-71; S. WEEKS, *A Freeport Comes to Luxembourg, or, Why Those Wishing to Hide Assets Purchase Fine Art*, «Arts», vol. 9, n. 87, 2020, pp. 1-15; J. RANKIN, *Inside the Luxembourg free port storing riches for the super-wealthy*, «The Guardian», 6 luglio 2019; S. YAN, *Where the rich stash their toys*, «CNN Business», 8 aprile 2014.

[4] GAFI, *Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones*, OECD Publishing, Parigi, 2010.

[5] K. OMI, *"Extraterritoriality" of Free Zones: The Necessity for Enhanced Customs Involvement*, World Customs Organisation (WCO), Research Paper No. 47, September 2019, p. 26.

[6] PARLAMENTO EUROPEO, *Relazione sui reati finanziari, l'evasione fiscale e l'elusione fiscale. Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 sui reati finanziari, l'evasione fiscale e l'elusione fiscale (2018/2121(INI))*, Bruxelles, 26 marzo 2019.

[7] Due rapporti di ricerca, compiuti per conto del Center for Financial Crime and Security Studies (CFCS) istituito presso il Royal United Services Institute for Defense and Security Studies (RUSI), hanno anche provato ad individuare il tipo di impatto negativo che l'introduzione dei porti franchi nel Regno Unito potrebbe comportare.

ISSN 2036-7821

1.2. Porti franchi e ZES: i rischi legati al loro utilizzo "improprio"

Nelle linee generali, i rischi legati all'utilizzo improprio dei porti franchi e delle ZES sono ben noti, ma si tende in ogni caso ad ignorarli e a propagandarne i soli aspetti positivi di strumento studiato per favorire il commercio internazionale e per dare impulso alla crescita economica in aree svantaggiate o sottosviluppate. Attualmente, infatti, sia i porti franchi che le zone economiche speciali (ovvero la categoria in cui i predetti *Freeports* sono notoriamente annoverati) sono considerate, da un punto di vista economico, come un nuovo efficace modello di intervento pubblico nell'economia[9], che consente di fornire una risposta a situazioni tipiche di inefficienza dei mercati e alla predominanza di logiche mono- od oligopolistiche che caratterizzano a volte ampi settori dell'economia.
La maggior parte dell'abbondante letteratura sull'argomento insiste, dunque, nel propagandare le potenzialità dello strumento[10] e nel considerare tutte le categorie di zone economiche speciali come un modello di intervento pubblico di successo, utile per promuovere lo sviluppo in un territorio disagiato dal punto di vista socioeconomico (aree depresse, degradate o in ritardo di sviluppo)[11], per rilanciare la crescita dopo periodi (anche prolungati) di crisi economica[12] e, finanche, per

---

Cfr. A. MOISEIENKO, A. REID and I. CHASE, *Briefing Paper. Free Ports, Not Safe Havens Preventing Crime in the UK's Future Freeports*, CFCS-RUSI, Londra, UK, 2020; II.DD., *Crime in Freeports: International Experience and Lessons for the UK*, CFCS-RUSI, Londra, UK, 21 maggio 2020.

[8] Dipartimento del Regno Unito per il commercio internazionale e HM Treasury, *Freeports: aumentare il commercio, i posti di lavoro e gli investimenti in tutto il Regno Unito. Risultato della consultazione*, 2020.

[9] Così C. GOLINO, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori: il caso delle Zone Economiche Speciali come strumento di sviluppo locale*, «federalismi.it», 9, 2021, pp. 46-81.

[10] Tali potenzialità, fra l'altro, nel caso dell'Italia, sono evidentemente aumentate in seguito al mutamento delle condizioni geoeconomiche determinato dal conflitto russo-ucraino. Lo spostamento delle rotte logistiche marittime che ne è derivato ha creato, infatti, le condizioni favorevoli per un incremento del ruolo strategico del Mediterraneo e per un potenziamento delle filiere dell'economia del mare. Per il Paese si tratta di intercettare flussi commerciali e di coinvolgere il sistema produttivo nazionale in un modello di logistica integrata, il cui disegno nasce e si dipana nel bacino del Mediterraneo. Cfr., al riguardo, G. SANTILLI, *«Per le zone economiche speciali passi avanti, ora devono partire»*, Il Sole 24 Ore, 14 giugno 2022, p. 28 e V. D'APONTE, *Risorsa mare. Geografie dell'economia marittima italiana*, Aracne, Roma, 2017, pp. 89 e seguenti.

[11] In questo senso, con riferimento alle potenzialità delle ZES istituite nel nostro Paese, cfr. A. LEPORE e P. SPIRITO, *Le Zone Economiche Speciali: una leva di politica industriale per lo sviluppo manifatturiero e logistico del Mezzogiorno*, «Rivista giuridica del Mezzogiorno», 31(4), 2017, pp. 855-968, L. CAPPELLANI, R. PADOVANI e G. SERVIDIO, *L'attrazione degli investimenti: strumenti specifici e nuove politiche industriali*, «Rivista economica del Mezzogiorno», 32(1-2), 2018, pp. 241-264, E. MANTI, *Zone Economiche Speciali. Settori di intervento, aree produttive e poli logistici per una politica industriale nel Mezzogiorno*, «Rivista economica del Mezzogiorno», 33(3-4), 2019, pp. 921-962, M. PIGLIUCCI, *Le Zone Economiche Speciali nel Mezzogiorno d'Italia*, Nuova Cultura, 2019, pp. 27-42 e, più recentemente, A. GIANNOLA, *La SVIMEZ sul Quadrilatero ZES nel Mezzogiorno continentale*, «Rivista economica del Mezzogiorno», 34(1-2), 2020, pp. 3-13.

[12] Così, M. D'AMICO, *Le zone economiche speciali: una straordinaria opportunità per il rilancio dell'economia in Italia*, in «Diritto comunitario e degli scambi internazionali», 4, 2016, pp. 577 ss.

ISSN 2036-7821

contrastare le disuguaglianze di ricchezza, la povertà e l'esclusione sociale[13]. Anche in Italia (come mostreremo in uno dei paragrafi che seguono), sul finire del XIX secolo, si iniziò a dibattere dell'opportunità di utilizzare tale strumento al fine di ridurre i divari territoriali di sviluppo e di ricchezza[14].

Un aspetto poco indagato – e finora oggetto di scarso approfondimento – riguarda, invece, la natura giuridica degli istituti (una nuova forma di "diritto economico unilaterale") e la loro correlazione abituale, non per caso riscontrata fin dai tempi più antichi, con il compimento di numerose attività illecite e reati[15], come il contrabbando, la contraffazione e l'evasione fiscale[16]. Tale correlazione, come si è detto, trasforma le ZES in una ghiotta opportunità di *business* per le organizzazioni criminali e terroristiche, rendendone sconsigliabile l'introduzione senza predisporre un adeguato sistema di controlli volto a prevenire le infiltrazioni criminali, soprattutto nelle zone "ad elevata densità mafiosa", ovvero in quei territori in cui la presenza di queste organizzazioni è oramai radicata, sedimentata nel tempo, ed il rapporto tra visibilità ed invisibilità tende a raggiungere un certo equilibrio, tale che l'una risulta funzionale all'altra[17].

---

[13] Su questo tema, con riferimento all'esperienza indiana di attivazione delle ZES, v. A. AGGARWAL, *Promoting Special Economic Zones as a Strategy of Industrialization and Lessons Learned*, in A. GOYAL, *A Concise Handbook of the Indian Economy in the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, UK, 2019, pp. 276-320.

[14] Tale finalità, cui anche l'Unione Europea è obbligata a protendere la propria azione, è perseguita attualmente tramite le cosiddette "politiche di coesione", disciplinate dagli artt. 174 e ss. del Titolo XVII del Trattato TFUE. Sulle poltiche di coesione in generale, cfr. C. BUZZACCHI, *Dalla coesione all'uguaglianza sostanziale*, Giuffrè, Milano, 2005; S. CIMINI e M. D'ORSOGNA (a cura di), *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; A.F. DI SCIASCIO, *Le politiche europee di coesione sociale tra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2014; R. SAPIENZA, *La politica di coesione economica sociale e territoriale nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in «Rivista Giuridica del Mezzogiorno», 19(2-3), 2005, p. 247 ss.; F. MASTRONARDI e L. VALERIANI, *La politica di coesione nell'Europa a 27*, ESI, Napoli, 2006; V. BONCINELLI e P. CARETTI, *Sviluppo regionale*, in M.P. CHITI e M. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo* (parte speciale, III), II ed., p. 1999 ss., Giuffrè, Milano, 2007; M. MARINI (a cura di), Le politiche di coesione territoriale. Un confronto tra Italia e Stati Uniti d'America, Rubbettino, Soverìa Mannelli, 2017. Per un inquadramento delle agevolazioni pubbliche nel regime europeo degli aiuti di Stato e delle politiche di coesione, vedasi invece L. FERRARA, *Principio di coesione e agevolazioni pubbliche*, Aracne, Aprilia, 2012; M. INGROSSO e G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Jovene, Napoli, 2009.

[15] Cfr., al riguardo, M. D'AMICO, *Zone economiche speciali e traffici illeciti*, «formiche.net», 7 giugno 2021.

[16] Cfr. M. D'AMICO, *Zone economiche speciali e traffici illeciti*, op. cit.; A. HALL, G.A. ANTONOPOULOS, R. ATKINSON e T. WYATT, *Duty free: Turning the criminological spotlight on special economic zones*, «The British Journal of Criminology», 20, 2022, pp. 1-18; C. HOLDEN, *Graduated sovereignty and global governance gaps: Special economic zones and the illicit trade in tobacco products*, «Political Geography», 59, 2017, pp. 72-81. Sul particolare connubio tra evasione fiscale e zone economiche speciali, vedasi anche, con riferimento specifico all'esperienza cinese, A. Fenwick, *Evaluating China's special economic zones*, «International Tax & Business Lawyer», 2, 1984, pp. 376-397 e S. GOPALAKRISHNAN, Negative aspects of special economic zones in China, «Economic and Political Weekly», 2007, pp. 1492-1494.

[17] Così R. SCIARRONE, *La mafia, le mafie: capitale sociale, area grigia, espansione territoriale*, «L'Italia e le sue Regioni», Treccani, Roma, 2015.

ISSN 2036-7821

1.3. Obiettivi e struttura dell'articolo

Col presente articolo si intende analizzare in modo più approfondito il predetto aspetto, illustrando i meccanismi giuridici attraverso i quali una determinata tipologia di ZES, il porto franco, si è adattata via via a certe dinamiche del mercato e, per effetto dell'evoluzione della normativa internazionale di contrasto alle frodi e all'evasione fiscale, si è trasformata in una nuova forma di paradiso fiscale o, se si preferisce, di società *offshore*[18]. In particolare, si analizzeranno le disposizioni normative, nonché le incongruenze e le criticità, del diritto doganale e del sistema internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio di danaro proveniente da reati che hanno consentito ai tradizionali depositi franchi doganali (*customs warehouses*) svizzeri, meglio conosciuti con la denominazione di "punti" o "porti franchi" (*free ports*), di trasformarsi gradualmente in uno strumento molto diffuso di elusione/evasione delle prescrizioni doganali e fiscali, in grado di celare la ricchezza – rendendola persino "invisibile", se necessario – e di trasformarla (da finanziaria a non, o quasi), per rispondere alle esigenze di diversificazione, "ripulitura" e/o di occultamento di soggetti dotati di ingenti e complessi patrimoni o di gruppi criminali organizzati[19].

Scopo del presente contributo è, dunque, quello di fornire spunti di riflessione su un aspetto poco indagato dalla letteratura sulla disciplina giuridica dei porti franchi e, in generale, delle ZES (e tuttavia riscontrato da diversi organismi internazionali, come il GAFI, l'OMD, il World Economic Forum, l'Interpol, la Commissione ed il Parlamento dell'Unione Europea), che tradisce totalmente la *ratio* originaria degli istituti e che dovrebbe spingere a riconsiderare le norme del diritto economico (commerciale e tributario) internazionale ed i regimi giuridici nazionali che li regolano.

Tale approfondimento, fra l'altro, appare al giorno d'oggi più che mai indispensabile ed urgente, considerate le intenzioni di alcuni governi europei, come il Regno Unito e l'Italia, di utilizzare le ZES ed i porti franchi per rilanciare l'economia e per ridurre gli squilibri interni. In tali casi, in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe

[18] Per un approfondimento sull'utilizzo delle ZES come nuova forma di *offshore*, vedasi O. HELGADÓTTIR, *The new luxury freeports: Offshore storage, tax avoidance, and "invisible" art*, «Environment and Planning A: Economy and Space», 2020. Cfr. anche G. ZUCMAN, *La richesse cachée des nations*, Éditions du Seuil et la Republique des Idées, Parigi, 2013, (trad. ita., *La ricchezza nascosta delle nazioni. Indagine sui paradisi fiscali*, add editore, Torino, 2017, in particolare, pp. 51-59). Quest'ultimo, spiegando come le sue stime della ricchezza *offshore* (ma anche la maggior parte delle stime attuali fatte da altri ricercatori) non tengano conto della ricchezza non finanziaria conservata nei paradisi fiscali, riporta un lungo elenco esemplificativo, anche se non esaustivo, delle forme di ricchezza occultate, tra le quali annovera «yatch registrati nelle Isole Cayman, opere d'arte, gioielli e oro nascosti nei porti franchi, cioè in magazzini che servono da depositi per i beni di valore» ed aggiunge: «Ginevra, Lussemburgo e Singapore ne hanno uno: al loro interno i grandi dipinti possono essere conservati e venduti esentasse, cioè senza dazi doganali o Iva, e in modo anonimo, addirittura senza vedere la luce del sole».

[19] Su questo tema, si vedano J. DELLA TORRE, *Zone franche e infiltrazioni criminali: una sfida globale tra modelli interni virtuosi e recenti standard di tutela sovranazionali*, «Sistema penale», 1, 2020, pp. 165-195; R. GALULLO e A. MINCUZZI, *Porti franchi dell'Est Europa «buco nero» per riciclaggio ed evasione*, «Il Sole 24 Ore», 6 novembre 2018.

ISSN 2036-7821

consigliabile un atteggiamento più critico e prudente verso tale forma di intervento pubblico, che vanta molte potenzialità, ma presenta anche altrettante criticità. Esiste infatti il rischio concreto di favorire il compimento di determinati reati e, con essi, l'infiltrazione nell'economia e nella società civile di pericolose organizzazioni criminali e terroristiche[20]. Le ZES ed i porti franchi nascono per realizzare diversi obiettivi (facilitare il commercio; attrarre investimenti diretti esteri; creare nuovi posti di lavoro; accelerare lo sviluppo economico di determinati territori e, allo stesso tempo, supportare una più ampia strategia di riforma economica del sistema Paese; sperimentare nuove policies, da espandere poi a livello nazionale in caso di successo), che possono produrre innumerevoli effetti positivi capaci di innescare, in certi casi, un circolo virtuoso che valorizza le potenzialità dei territori. In determinati territori, tuttavia, le agevolazioni concesse per raggiungere gli scopi predetti potrebbero finire per destare l'interesse della criminalità e di gruppi terroristici, facendo nascere condizioni favorevoli allo svolgimento di traffici illeciti e, in alcuni contesti, una vera e propria comunanza di interessi economici tra amministratori pubblici locali e crimine organizzato. *De iure condendo* è dunque consigliabile una certa cautela poiché, come si suol dire, *multam saliens incitat unda sitim* (Ovidio, *Remedia Amoris*, 632), ovvero «gli spruzzi delle onde causano una forte sete», e la sete di certo non manca, com'è noto, alle organizzazioni sopra citate[21].

Il lavoro si articola come segue. È sintetizzata, in primo luogo, l'evoluzione storica degli istituti e dei primi tentativi di normazione degli stessi (par. 2), con una particolare attenzione al pericolo del loro utilizzo a fini illeciti (evasione fiscale, contrabbando, frodi doganali) – segnalato fin dal XVII sec. d.C., ma risalente con molta probabilità ad epoche più antiche – e alla rilevanza delle suddette fattispecie nell'esperienza giuridica contemporanea (cfr. par. 3). In secondo luogo, si analizzano i fattori – sia di natura economica, sia giuridica – che hanno favorito l'affermazione, dapprima in Svizzera e poi in tutto il mondo, dei *luxury free ports* (i cc.dd. «porti franchi del lusso»), una nuova generazione di porti franchi concepita su misura per le esigenze dei collezionisti di opere d'arte, beni archeologici e di altri beni di lusso (par. 4). Nel par. 4.1 sono in particolare rappresentati la disciplina, il fondamento giuridico ed i principali elementi di distinzione fra i tradizionali "punti" o "porti franchi" (*free ports*) svizzeri, i "depositi franchi" ed i cc.dd. "depositi doganali aperti" (gli Open *Customs Warehouses*), la cui scatenata concorrenza ha portato, assieme alla

[20] Anche nel caso inglese si è fatto notare come tra i luoghi prescelti per l'istituzione degli otto nuovi porti franchi vi siano località dove la criminalità organizzata è fortemente radicata. Cfr. F. VARESE, *Regno Unito, otto aree offshore per fare concorrenza a Dubai e Singapore*, «La Repubblica», 10 marzo 2021.

21 Sulla concreta esistenza dei rischi suddetti, v. già M. D'AMICO, *Zone economiche speciali e traffici illeciti, op. cit.*, A. HALL, G.A. ANTONOPOULOS, R. ATKINSON e T. WYATT, *Duty free: Turning the criminological spotlight on special economic zones*, op. cit. e F. VARESE, *Regno Unito, otto aree offshore per fare concorrenza a Dubai e Singapore*, op.cit..

ISSN 2036-7821

riforma del codice doganale svizzero del 2005, alla decadenza dei primi e alla rapida ascesa dei *luxury freeports*. Nel par. 4.2 sono invece illustrate le conseguenze pratiche generate dall'attribuzione alle zone franche del carattere della "extraterritorialità", che deriva da un'errata interpretazione di una norma di diritto tributario internazionale contenuta nell'Allegato Specif. D, Capitolo 2, (d'ora in poi, ASD2) del *Protocollo aggiuntivo alla Convenzione per la semplificazione e l'armonizzazione dei regimi doganali* (Convenzione "riveduta" di Kyoto – Bruxelles, 26 giugno 1999: d'ora in poi, CRK). Nel par. 5 è poi sintetizzato il quadro giuridico delle norme (europee ed internazionali) in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, valutandone al tempo stesso l'efficacia nel contrastare l'utilizzo a fini "impropri" dei sopra menzionati *luxury free ports*. Nei paragrafi successivi si è provato infine a verificare (cfr. par. 6) se le fattispecie previste nell'ordinamento italiano possono essere considerate come legittime forme di agevolazione fiscale, compatibili con i principi costituzionali di uguaglianza (art. 3 della Costituzione italiana) e di capacità contributiva (art. 53, co. 1, Cost.)[22], e se nell'attuale disciplina delle stesse sono contemplate adeguate misure di prevenzione e di contrasto dei tentativi di infiltrazione delinquenziale nel quadro dell'economia legale; dalla lettura della predetta normativa risulta, infatti, che le varie forme di agevolazione da essa previste «favoriscono coloro che ne sono destinatari non in ragione della loro ridotta attitudine alla contribuzione, ma in forza di quella sorte di variabile esogena che è lo stato di degrado/sottosviluppo socioeconomico del territorio prescelto»[23]; è lecito dunque chiedersi se il fatto di dover svolgere un'attività imprenditoriale in aree degradate o svantaggiate, ove solitamente si riscontra anche un maggior rischio d'infiltrazione mafiosa, possa giustificare un trattamento fiscale di favore da parte del legislatore oppure ciò sia sconsigliabile, considerata l'attuale inadeguatezza delle misure di prevenzione e contrasto delle infiltrazioni criminali ed il conseguente pericolo che le suddette agevolazioni siano

[22] Primi approfondimenti sulla questione della legittimità giuridica delle agevolazioni fiscali previste per le nuove iniziative imprenditoriali intraprese nelle ZES, o collegate allo svolgimento di un'attività economica in un determinato territorio, sono contenuti in C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane e l'equivoco con le zone franche di diritto doganale*, «Diritto e pratica tributaria», 79(1), 2008, pp. 105-142, F. FICHERA, *Calamità naturali, principi costituzionali e agevolazioni fiscali*, «Rassegna Tributaria», 6, 2014, P. BARABINO, *Le zone franche nel diritto tributario*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 19-55 ed infine in A. GIOVANARDI, *Sulla ragionevolezza delle agevolazioni fiscali collegate allo svolgimento dell'attività economica in un determinato territorio: dalle zone franche urbane alla riduzione dell'imposta sul reddito per le nuove iniziative imprenditoriali nelle zone economiche speciali*, «Giurisprudenza delle imposte», 3, 2021, pp. 1-18. Per una più ampia riflessione, teorica ed applicativa, sulla metodologia da adottare per una corretta individuazione della *ratio legis* collegata ad una misura agevolativa e dei criteri da adottare per effettuare una verifica di compatibilità della stessa coi principi costituzionali di uguaglianza e capacità contributiva, vedasi invece S. FIORENTINO, *Il diritto ai regimi di vantaggio: l'agevolazione fiscale*, in A. CARINCI e T. TASSANI (a cura di), *I diritti del contribuente. Principi, tutele e modelli di difesa*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, pp. 351-379.

[23] A. GIOVANARDI, *Sulla ragionevolezza delle agevolazioni fiscali collegate allo svolgimento dell'attività economica in un determinato territorio*, op. cit., p. 17.

ISSN 2036-7821

percepite da imprese malavitose o "condizionate" dalla criminalità organizzata. Il lavoro si chiude con un quadro riepilogativo dell'analisi effettuata e con alcune considerazioni conclusive (par. 7).

2. Zone franche, punti franchi e ZES: evoluzione storica degli istituti e primi tentativi di normazione

Non è questa la sede opportuna per una ricostruzione storica, che pure oggi riscuoterebbe un enorme interesse, sulle origini dei porti franchi e degli istituti giuridici ad essi affini (punti, città e scale franche, depositi franchi, parchi industriali, zone industriali e zone economiche speciali). Una storia generale dei porti franchi non è stata infatti mai scritta finora, anche perché le idee intorno a questo istituto sono molto spesso confuse e la terminologia utilizzata alquanto incerta. Può essere utile, tuttavia, ricordare qui brevemente le vicende ed i principali provvedimenti normativi che ne hanno delineato la disciplina nel nostro paese, poiché l'Italia è stata la prima nazione in cui i porti franchi si sono in modo più imponente affermati, a partire dall' inizio dell'Età Moderna, mentre pare che solo successivamente si siano diffusi in Europa e nel resto del mondo. Una sintetica ricostruzione storica è utile, inoltre, a mostrare come tali istituti possono diventare – e sono molto spesso diventati, nei secoli passati – centri di diffusione del contrabbando e di altre frodi fiscali.

2.1. La prima comparsa dell'istituto presso i popoli dell'antichità

Secondo le ricostruzioni più note ed accreditate, si ha «notizia di stabilimenti analoghi ai porti franchi nei secoli più lontani della storia del commercio per mare»[24]. Questi "stabilimenti" sorsero in vari paesi sotto l'impulso di speciali circostanze ed al fine di agevolare lo sviluppo del commercio, terrestre e marittimo. Attualmente, tuttavia, essi hanno perso molte delle caratteristiche che avevano in origine, al punto che, considerando anche la promiscuità ed indeterminatezza della terminologia utilizzata, è difficile darne una definizione. Si parla prevalentemente di porti, di depositi, di punti "franchi", ovvero di zone sottratte all'applicazione del regime doganale e/o fiscale ordinario, confondendo spesso un termine con l'altro. La necessità di far chiarezza in questa "torbida materia" ha addirittura rallentato il compimento di importanti lavori di studio[25]. Una cosa però è certa: si tratta di istituti che hanno riscosso grande importanza nella vita dei traffici dei secoli passati e nuovo, singolare interesse stanno guadagnando ai nostri giorni, anche nelle economie sviluppate come il Regno Unito, ove l'attuale governo sta lavorando ad un piano speciale per istituire otto nuovi porti franchi.

[24] B. MINOLETTI, *I porti franchi*, op. cit., p. 23.
[25] B. MINOLETTI, *I porti franchi*, op. cit., p. 4.

ISSN 2036-7821

Zone franche, caratterizzate da regimi regolatori, amministrativi e doganali speciali esistevano, dunque, anche al tempo dei Fenici[26], degli Egizi, dei Greci[27] e degli antichi Romani[28]. Uno dei primi porti franchi fu infatti istituito nel 167 a.C., in Grecia, con il consolidamento del potere imperiale romano nell'area euro-mediterranea[29]: l'isola di Delo, importante centro di culto (Greci provenienti da tutto il mondo ellenico si radunavano nell'isola per adorare il dio della luce diurna, Apollo, e la sorella gemella Artemide, dea della luce notturna), abitato già durante l'età cicladica e tardo-micenea, fu proclamato porto franco, aperto a tutti i mercanti, allo scopo di distruggere l'economia della rivale isola di Rodi. Con la distruzione di Corinto (146 a.C.), infatti, grazie all'eccezionale posizione geografica e allo speciale regime fiscale, la piccola isola di Delo acquisì sempre maggiore importanza, fino a divenire il *maximum emporium totius orbis terrarum*, ovvero il più grande centro commerciale del mondo allora conosciuto.

Le zone franche, comunque, sono antichissime ed in molti casi è quasi impossibile determinare l'epoca della loro istituzione e/o attivazione. Sulle tracce di Giovanni Cappellari della Colomba[30] (Ministro Generale delle Gabelle del Regno d'Italia ed autore di un ampio rapporto sulla situazione delle dogane nei primi anni dell'unificazione), si può affermare che già i Cartaginesi avevano provveduto a facilitare i traffici marittimi con agevolazioni tributarie[31] e che l'introduzione della bolla a cauzione, per mezzo della quale si scambiavano rapidamente le mercanzie nel porto di Pergamo, deve farsi risalire a Quinto Mucio Scevola, giureconsulto romano che amministrò in maniera esemplare la provincia d'Asia e che ridusse a sistema lo *ius civile*, definendo ed organizzando sistematicamente tutto il complesso dei negozi e degli istituti giuridici che ne facevano parte.

2.2. I porti franchi del medioevo e del Rinascimento

Il primo porto franco italiano di cui vi è testimonianza scritta fu istituito nel 1197, quando Enrico VI di Svevia, imperatore del Sacro Romano Impero, re dei Romani e di Sicilia, concesse ai Messinesi l'importantissimo privilegio, allo scopo di

[26] Cfr. R.C. THOMAN, *Free ports and foreign-trade zones*, Cornell Maritime Pr/Tidewater Pub, Centreville (Maryland, USA), 1956.

[27] Cfr. L. CASSON, *The Grain Trade of the Hellenistic World*, «Transactions and Proceedings of the American Philological Association», 85, 1954, pp. 168-187).

[28] Cfr. ancora B. MINOLETTI, *I porti franchi*, op. cit., p. 116 e F. CARTECHINI, *I magazzini generali, i punti franchi e i silos*, in G. ROTA (a cura di), *Biblioteca di ragioneria applicata. Enciclopedia metodica di amministrazione e contabilità*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1913, vol. VIII, pp. 167-168.

[29] Cfr. J. Hasebroek, *Staat und Handel im Alten Griechenland*, J.C.B. Mohr, Tubinga (Germania), 1928.

[30] Cfr. G. Cappellari della Colomba, *Le imposte di confine, i monopoli governativi e i dazi di consumo in Italia*, Firenze, 1866, pp. 64-67.

[31] Ricordiamo che, nella geografia commerciale del Mediterraneo, la rotta Cartagine-Roma (la via del grano per l'annona) ebbe un ruolo fondamentale per tutto il periodo storico compreso all'incirca tra il III/IV secolo fino al VII. Cfr., sul punto, A. AUGENTI, *Città e porti dall'Antichità al Medioevo*, Carocci, Roma, 2021.

ISSN 2036-7821

incrementare i traffici con l'Oriente e di assicurare prosperità alla sola città dell'isola che lo aveva sostenuto incondizionatamente nella lotta contro Tancredi d'Altavilla. La disposizione fu, infatti, una vera e propria garanzia per lo sviluppo economico della città (legato al commercio di vari prodotti di transito, ma soprattutto all'esportazione della seta), perché conteneva molteplici immunità e consentiva l'importazione e l'esportazione di qualsiasi genere di merce, senza il pagamento di dazi o di altre tasse e gabelle. Il privilegio concesso a Messina ebbe, tuttavia, una storia alquanto travagliata. Esso, infatti, venne abolito durante il periodo spagnolo, ma fu poi ripristinato ad opera dei Borboni, che provarono a ridare stimolo ai traffici commerciali che avevano assicurato alla città tanta prosperità. Il porto franco di Messina venne quindi nuovamente istituito nel 1784, esteso nel 1848 a tutta la città, e fu definitivamente abolito nel 1879[32].

Non essendo questa la sede adeguata per una ricostruzione storica dettagliata, si può comunque affermare che i porti franchi si svilupparono storicamente in Italia nel tardo Rinascimento, quando la competizione per attrarre commerci dalla fiorente sfera atlantica spinse alcuni stati ad aprire i loro porti ai mercanti stranieri e alle loro merci, ma solo successivamente, e cioè nei secoli XVII e XVIII, assunsero una forma simile a quella che conosciamo oggi affermandosi più che altro nel bacino del Mediterraneo. Quando poi, a causa delle grandi scoperte geografiche, il centro dei traffici marittimi si spostò sul versante atlantico dell'Europa, vari governi accordarono strategicamente ad alcune città la completa franchigia doganale e ad altre vasti magazzini extraterritoriali: la prima "città franca" dell'Età moderna (1492-1789) fu Livorno (1547), elevata in tal modo dai Medici a centro del commercio levantino; seguirono Napoli (1633), Ancona e Messina (1732).

2.3. La proliferazione delle franchigie e la diffusione della pratica del contrabbando nei porti franchi dell'Italia preunitaria

Particolarmente degne di essere ricordate sono, poi, le zone franche doganali istituite in molti porti degli stati italiani preunitari: caratteristiche del Regno delle due Sicilie erano le "scale franche", porti nei quali non si era obbligati a pagare la tassa di ancoraggio e si aveva la facoltà di differire il pagamento (dapprima di tre, poi di due anni) dei dazi doganali; nelle cosiddette "dogane di assegna" dello Stato pontificio ed in quelle "di deposito" di Bologna, Pontelagoscuro e Foligno erano riconosciute speciali franchigie per il deposito, l'inoltro e la riesportazione delle merci.

Ricordiamo che Napoli, dal 1633, era "scala franca", ovvero non vi si pagavano i diritti di deposito delle merci per un anno ed erano previsti particolari privilegi per i negozianti napoletani, britannici ed olandesi. La Napoli spagnola era, infatti, non

[32] Sulla storia del porto franco di Messina vedasi, in particolare, I. FAZIO, *Il porto franco di Messina nel lungo XVIII secolo. Commercio, fiscalità e contrabbandi*, Viella, Roma, 2021.

ISSN 2036-7821

soltanto un florido centro culturale, ma anche una delle piazze commerciali più fiorenti: i livelli di produzione partenopei erano alquanto frenetici, specialmente nel comparto tessile, e la moderna flotta mercantile poteva competere brillantemente con Siviglia e le Fiandre.

Celebri sono anche le "Leggi Livornine", ovvero gli ordinamenti del porto di Livorno, creato nella seconda metà del secolo XVI e riordinato definitivamente nel marzo del 1675. Tali leggi furono promulgate dal granduca di Toscana Ferdinando I de' Medici, al fine di richiamare a Livorno una popolazione attiva, in grado di favorire lo sviluppo economico della città ed il commercio marittimo nel Granducato di Toscana. Ricordiamo, infatti, che erano indirizzate ai mercanti di qualsivoglia nazione venuti ad abitare nella vicina città di Pisa o nel porto di Livorno, ai quali garantivano libertà di culto e di professione, esenzione dalle tasse, acquisto agevolato di alloggi, annullamento dei debiti e di altre condanne per almeno 25 anni ed un regime doganale di vantaggio per le merci immagazzinate negli stabilimenti del porto e destinate ad essere riesportate.

Questi esempi indussero molti altri porti e città italiane a seguire l'esempio di Napoli e Livorno. Occorre tuttavia osservare che una grande diversità di caratteristiche esiste fra i numerosi "istituti di franchigia" che nel corso dei secoli furono creati per stimolare i traffici commerciali o lo sviluppo economico di determinate aree del paese. Tale diversità è dovuta, molto probabilmente, alla varietà delle ragioni storiche della loro creazione ed alla natura delle legislazioni vigenti nei singoli stati preunitari.

Con la proclamazione del Regno d'Italia anche questa materia doveva subire, necessariamente, un processo di unificazione. Fu così che, dopo un lungo e vivace dibattito, svoltosi presso la Camera dei Deputati mentre era ministro delle finanze Quintino Sella, venne deliberata la radicale abolizione di tutte le franchigie, un'abolizione causata anche dal desiderio di favorire l'affermarsi del diverso istituto dei magazzini generali, allora di gran moda[33], ma soprattutto dal timore di alimentare il contrabbando ed altri tipi di frode a danno dell'Erario statale[34].

Nel Regno di Napoli, il contrabbando e le frodi doganali – lungi dal configurarsi come una devianza di alcuni soggetti – sembrava «costituire una pratica connaturata alle relazioni commerciali transnazionali, secondo alcuni la *condicio sine qua non* della

[33] Scriveva infatti l'Errera: «Invero i portofranchi, colle istituzioni che li accompagnano, sono destinati a perire tutti ed è ai magazzini generali, alle fedi di deposito e alle note di pegno che si devono ormai assuefare gl'italiani! Rientrino tutti nell'ampia cerchia del diritto comune, sdegnando di ravvoltolarsi nelle viuzze dei monopoli» (cfr. A. ERRERA, *Il porto franco,* Tip. Dell'Associazione, Firenze, 1870, p. 44).

34 Sul ruolo di spazi istituzionalizzati come quelli del porto franco nell'incrementare i traffici illeciti ed in particolare il contrabbando, v. I. FAZIO, *Soggetti, spazi e istituzioni urbane nel contrabbando di sale tra Sicilia e Regno di Napoli fra guerre napoleoniche e restaurazione*, «Archivio Storico Messinese», 100, 2019, pp. 1-14.

ISSN 2036-7821

loro sussistenza»[35]. Il controllo della frontiera marittima del Regno era reso impraticabile dalla radicata consuetudine dell'esenzione dalla visita doganale a bordo per i bastimenti delle "nazioni più favorite", prevista nei trattati seicenteschi stipulati dalla Spagna. Le irregolarità erano molteplici e totalmente disattese risultavano le minuziose istruzioni doganali, che imponevano accuratamente la registrazione di ogni passaggio delle merci (dall'immissione allo sballamento e al passaggio ai magazzini dei mercanti, o dall'uno all'altro magazzino) e la consegna al loro effettivo titolare, onde evitare il diffuso ricorso ai prestanome.

Tali fenomeni, lungi dall'essere un'esclusiva del Regno di Napoli, furono comunque una pratica diffusa e si verificarono per tutto il Settecento e l'Ottocento, destando in quasi tutto il paese una certa preoccupazione[36]. In diversi documenti storici si fa menzione degli innumerevoli abusi perpetrati nelle "città franche"[37] e, anche in questo campo, il caso di Livorno è emblematico[38]. Con la pace di Lunéville (stipulata

[35] Sulla diffusione del contrabbando fra Settecento ed Ottocento nei principali porti urbani italiani (alcuni dei quali erano anche porti franchi) vedasi: per Napoli, A. CLEMENTE, *Quando il reato non è "peccato": il contrabbando nel Regno di Napoli tra conflitti diplomatici, pluralismo istituzionale e quotidianità degli scambi (XVIII secolo)*, «Quaderni storici», 48(143), 2013, pp. 358-394, S. SCIARROTTA, *L'Antico Regime e il contrabbando tra accentramento delle funzioni e privilegi: Napoli e Cava*, in P. CALCAGNO (a cura di), *Per vie illegali. Fonti per lo studio dei fenomeni illeciti nel Mediterraneo dell'età moderna (secoli XVI-XVIII)*, Soveria Mannelli 2017, pp. 43-58 e P. CALCAGNO, *Fraudum. Contrabbandi e illeciti doganali nel Mediterraneo (sec. XVIII)*, Milano 2019, pp. 163-166; per Messina, I. FAZIO, *Il porto franco di Messina nel lungo XVIII secolo. Commercio, fiscalità e contrabbandi*, op. cit., 2021 e ID., *Soggetti, spazi e istituzioni urbane nel contrabbando di sale tra Sicilia e Regno di Napoli fra guerre napoleoniche e restaurazione*, op. cit., 2019; per Livorno, S. MARZAGALLI, *Formes et enjeux de la contrebande et de la fraude à l'époque napoléonienne*, in M. FIGÉAC-MONTHUS e C. LASTÉCOUÈRES (a cura di), *Territoires del'illicite: ports et îles. De la fraude au contrôle (XVIe-XXe siècles)*, Armand Colin, Paris, 2012, pp. 189-201, S. FETTAH, *Les consuls de France et la contrebande dans le port franc de Livourne à l'époque du Risorgimento*, in «Revue d'histoire moderne & contemporaine», 482, 2001, pp. 148-161 e ID., *Contrabbando e tensioni sociali a Livorno tra Settecento e Ottocento*, in A. ADDOBBATI e M. AGLIETTI, *La città delle nazioni. Livorno e i limiti del cosmopolitismo (1566-1834)*, Pisa University Press, Pisa 2016, pp. 201-216; per Trieste, D. ANDREOZZI, Croissance et économie licite, illicite et informelle à Trieste au XVIIIe siècle, in M. FIGÉAC-MONTHUS e C. LASTÉCOUÈRES (a cura di), *Territoires del'illicite: ports et îles. De la fraude au contrôle (XVIe-XXe siècles)*, op. cit., 2012, pp. 173-187; per Venezia, J.C. HOCQUET, *Sovranità e contrabbando. Venezia e la lotta al contrabbando del sale sul mare, in città e sulla Terraferma*, in L. ANTONIELLI, S. LEVATI (a cura di), *Contrabbando e legalità: polizie a difesa di privative, diritti sovrani e pubblico erario*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016, pp. 97-110, e P. CALCAGNO, *Fraudum. Contrabbandi e illeciti doganali nel Mediterraneo (sec. XVIII)*, op. cit., pp. 195-218; per Genova, P. CALCAGNO, *La lotta al contrabbando nel mare "Ligustico" in età moderna. Problemi e strategie dello Stato*, «Mediterranea. Ricerche storiche», 20 (2010), pp. 479-532 e ID., *Fraudum. Contrabbandi e illeciti doganali nel Mediterraneo (sec. XVIII)*, op. cit., pp. 45-72; per Civitavecchia ivi, pp. 99-121.

[36] Cfr. sul punto B. MINOLETTI, *I porti franchi*, op. cit., pp. 97-105.

[37] Sempre a proposito dei traffici illeciti compiuti in molte città franche, in una *Petizione dei commercianti genovesi in favore del nuovo progetto di legge per la istituzione dei punti franchi nelle principali città del regno* del 1875, si legge: «Queste città franche presentano quindi non solamente l'incongruenza che i loro cittadini non pagano per questi generi alimentari quei balzelli cui vanno soggetti i cittadini delle altre città, ma rendono anche assai difficile la vigilanza doganale per impedire che, dall'interno della città franca, le merci soggette a dazio passino all'interno dello stato senza il pagamento di queste contribuzioni, per via di contrabbando».

[38] Persistenti episodi di contrabbando e di frode afflissero, in verità, anche altre città franche, come Genova e Venezia. La loro diffusione era probabilmente dovuta al fatto che tali fenomeni rappresentavano una necessità legata alla sopravvivenza degli strati della popolazione più poveri. La riscossione dei tributi era infatti affidata a

ISSN 2036-7821

nel febbraio del 1801 fra la Prima Repubblica francese ed il Sacro Romano Impero da Giuseppe Bonaparte e Johann Ludwig Josef von Cobenzl, rispettivamente) e l'istituzione del Regno di Etruria, Napoleone sperò di ottenere il pieno controllo del porto di Livorno e di privare così gli Inglesi di uno sbocco importante per i loro prodotti. Le autorità locali (nel caso specifico, il governatore di Portoferraio, Carlo De Fisson) si rifiutarono, tuttavia, di riconoscere le norme del Trattato, in quanto non sottoscritti dal granduca di Toscana, e Portoferraio, pur crescendo enormemente in importanza e modernità (grazie alle infrastrutture create e alla valorizzazione delle miniere di ferro di Rio Marina), divenne il rifugio di immigrati e contrabbandieri. Fu così che il fenomeno del contrabbando ed altre tipologie di frodi doganali si diffusero in maniera esponenziale fino a coinvolgere la gran parte della popolazione di Livorno: dalle testimonianze delle forze dell'ordine dell'epoca riferite all'estate del 1810 risulta, ad esempio, che ogni giorno venivano sorprese con merci di contrabbando diverse migliaia di persone; fra questi, anche preti, conduttori di carrozze e carri, donne che si fingevano incinte e doganieri corrotti[39].

2.4. Lo Stato italiano, i porti franchi e la questione meridionale

Il periodo di libertà economica che accompagnò la nascita ed il consolidamento dello Stato italiano ebbe, comunque, una vita molto breve[40] e l'istituto del porto franco entrò gradualmente in crisi. Già sul finire del XIX secolo si iniziò, tuttavia, ad acquisire consapevolezza dei divari esistenti fra Nord e Sud del paese (nei consumi, nella capacità produttiva, nella dotazione di infrastrutture, ecc.) ed emerse l'esigenza di favorire lo sviluppo economico delle aree più arretrate e/o disagiate, nelle quali gli "impulsi" industriali tendevano a decadere e a ridursi. Si iniziò, conseguentemente, a dibattere dell'opportunità di utilizzare a tal fine lo strumento del porto franco, considerando che la sua funzione essenziale era proprio quella di incentivare il libero commercio – e, tramite quest'ultimo, lo sviluppo economico – di aree arretrate e/o sottosviluppate, perché divise od isolate dal resto del territorio nazionale.

---

società private che, essendo guidate dalla logica del profitto, «non esitavano a perpetrare ogni abuso ed irregolarità verso i cittadini […]. Le bande di contrabbandieri godevano della complicità e della simpatia delle popolazioni, vessate dagli appaltatori delle "gabelle" e della protezione di alti funzionari» (G. FAVALE., A. NICALI, *Storia delle dogane: profili storici della politica doganale italiana*, Ministero delle finanze, Roma, 1997, pp. 7-9).

[39] Cfr. L. FRATTARELLI FISHER, *Abolizione del porto franco. Contrabbando di massa nella città di Livorno*, «Port News», 9 luglio 2018, trascrizione dell'intervento pronunciato nel corso della Giornata internazionale di studi *L'ammiraglio Napoleone*, tenutasi il 20 marzo 2015 a Livorno nell'Auditorium della Camera di Commercio.

[40] L'indirizzo liberista iniziale, seppur temperato da alcune deroghe imposte dalle necessità finanziarie dello Stato (che portarono a colpire parecchie voci di importazioni con dazi doganali, benché i gettiti derivanti dai dazi di confine non rappresentassero allora una voce preminente fra le entrate) venne praticamente mantenuto fino al 1878. Cfr., al riguardo, MINISTERO PER LA COSTITUENTE, *Rapporto della Commissione economica presentato all'Assemblea costituente*, III. *Problemi monetari e commercio estero*, I. *Relazione*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1946, p. 277.

ISSN 2036-7821

La "quistione de' porti franchi" veniva ad assumere una notevole importanza per il Mezzogiorno, ma anche per l'intera nazione, considerata l'influenza che tale istituto ha da sempre esercitato sulla ricchezza e sulla prosperità delle nazioni[41]. Intorno al progetto di Carlo Afan De Rivera di riorganizzare tutta l'area flegrea (con la creazione di un grande lazzaretto a Miseno, di un deposito per le derrate a Pozzuoli e l'istituzione di uno scalo portuale franco a Nisida) e di dotare Napoli del «più grande emporio commerciale del Mediterraneo» si accese, infatti, una vivace polemica che vide impegnati illustri economisti meridionali, come Matteo De Augustinis e Lodovico Bianchini[42], nonché altri protagonisti della vita politica e culturale del Meridione, come Mauro Luigi Rotondo[43], Jules Millenet[44] e Michele Solimene.
Le più consapevoli posizioni riformiste affermavano la necessità di una serie di riforme che puntassero ad ottenere il riequilibrio delle risorse mediante la leva dell'imposizione fiscale (le più autorevoli espressioni di questo indirizzo furono rappresentate da Nitti, Fortunato e De Viti De Marco). Prevalse, tuttavia, l'orientamento più moderato, che invocava una semplice azione diretta dello Stato in aree specifiche e da tale orientamento (rappresentato da Salandra, Sonnino e Gianturco) trassero ispirazione alcune "leggi speciali" che consentirono di tradurre in atto l'auspicato intervento meridionalistico[45].
In tale contesto, prese vita l'intervento speciale diretto a favorire il "risorgimento economico" del Mezzogiorno e fu promulgata la legge n. 351 dell'8 luglio 1904, che istituiva la zona franca di Napoli. Tale disciplina aveva carattere eccezionale e non poteva essere presa a modello per una eventuale legislazione sulle zone franche in Italia. Il problema dei porti franchi si ripresentò, così, in modo concreto, allorquando il legislatore italiano dovette affrontare le conseguenze della Prima guerra mondiale e del nuovo indirizzo di politica economica intrapreso dal governo fascista.

2.5. I porti franchi e la politica economica del fascismo

41 Cfr. M. DE AUGUSTINIS, *De' Porti-franchi e della influenza di essi sulla ricchezza e prosperità delle nazioni*, R. Manzi, Napoli, 1833.

42 Cfr. C. AFAN DE RIVERA, *Considerazioni su i mezzi da restituire il valore proprio a' doni che ha la natura largamente conceduto al Regno delle Due Sicilie*, 2 voll., Stamperia e Carteria del Fibreno, Napoli, 1832; M. DE AUGUSTINIS, *Dei porti franchi*, «Il Progresso delle scienze, delle lettere e delle arti», vol. XIII, 1836, pp. 236-242; L. BIANCHINI, *Sul progetto di un porto franco a Nisita e di un lazzaretto da peste a Miseno: alquante considerazioni*, Napoli 1834.

43 M.L. ROTONDO, *Su la scala-franca sui lazzaretti. Riflessioni di M. L. Rotondo*, Tipografia Flautina, Napoli, 1836.

44 J. MILLENET, *Reflexions sur un project concernant la fondation d'un lazaret brut a Mysene, et d'une douane de scala franca a Naples par Jules Millenet, membre correspondant de la societe de statistique de Marseille*, Napoli, 1835.

45 Il governo italiano, seguendo questo orientamento, adottò provvedimenti che istituivano zone industriali in numerose località, sia portuali che interne, delle quali intendeva favorire il rifiorimento economico, come Napoli (1904), Venezia Marghera (1917), Roma San Paolo (1919), Trieste (1928), Messina, Reggio Calabria e Villa San Giovanni (1917), Pola (1929), Livorno (1929), Bolzano (1934), Ferrara (1936) e, infine, Apuania (1938).

ISSN 2036-7821

Una prima normazione complessiva della materia si ebbe in epoca fascista, verso la fine degli anni Venti, con l'emanazione del Regio decreto legge n. 2395 del 22 dicembre 1927, convertito nella Legge n. 3115 del 2 dicembre 1928 (*Istituzione dei porti franchi*). Il governo di allora, considerata l'urgente ed assoluta necessità di provvedimenti che agevolassero la circolazione delle merci ed i traffici commerciali, consentiva la concessione di franchigie di durata trentennale ai maggiori porti italiani (Savona, Genova, Livorno, Napoli, Bari, Brindisi, Ancona, Venezia, Trieste, Fiume, Palermo, Messina, Catania e Cagliari). Scopo dichiarato del provvedimento era quello di ampliare il retroterra dei porti suddetti e di aiutarli a fronteggiare la concorrenza loro mossa, in quel particolare periodo storico, da Marsiglia e dai porti del Nord Europa[46]. Tuttavia, tale generoso provvedimento incontrò grandissime difficoltà di attuazione e, in conseguenza dei mutati orientamenti della politica economica nazionale[47], si finì per lasciarlo inattuato, anche per quei porti che, al contrario, ne avrebbero senza dubbio tratto giovamento. In sostituzione dei porti franchi, si scelse così – con regio decreto n. 726 del 17 marzo 1938 – di ammettere la sola istituzione dei depositi franchi, un istituto più limitato e corrispondente ad «una sorta di zona franca in tono minore»[48], e dei cosiddetti magazzini generali, anch'essi con finalità agevolative, ma contraddistinti da una «funzione prevalentemente creditizia»[49].

Dopo la Prima guerra mondiale, infatti, l'indirizzo della politica commerciale del nostro Paese mutò, ma non si tradusse in un brusco mutamento della politica doganale e neppure si può sostenere che abbia condotto, in generale, a restrizioni degli scambi con l'estero. Al contrario, si può affermare che negli anni immediatamente successivi alla Prima guerra mondiale, come nell'anteguerra, la politica commerciale italiana fu, in linea di massima, costantemente intesa a favorire lo sviluppo delle relazioni internazionali.

---

[46] Cfr. la relazione ministeriale con la quale il decreto legge fu stato presentato alla Camera per la conversione.

[47] Sulla politica economica (in particolare, commerciale e valutaria) italiana nel periodo tra le due guerre, cfr. A.O. HIRSCHMAN, *Memoria sul controllo dei cambi in Italia*, in ID., *Potenza nazionale e commercio estero. Gli anni Trenta, l'Italia e la ricostruzione*, trad. italiana a cura di P.F. Asso e M. De Cecco, Il Mulino, Bologna, 1987; G. TATTARA, *La persistenza dello squilibrio dei conti con l'estero dell'Italia negli anni Trenta*, in *Ricerche storiche per la Banca d'Italia*, III, *Finanza internazionale, vincolo esterno e cambi. 1919-1939*, Laterza, Roma-Bari, 1993; S. LA FRANCESCA, *La politica economica del fascismo*, Laterza, Roma-Bari, 1972 e F. BIENTINESI, *La politica commerciale italiana fra le due guerre mondiali*, 1919-1939, tesi di dottorato di ricerca in Storia economica, XI ciclo, Università di Pisa, Facoltà di Economia, a.a. 1999-2000. Per un quadro delle politiche adottate dai maggiori paesi industrializzati nello stesso periodo, cfr. C.P. KINDLEBERGER, *La grande depressione nel mondo 1929-1939*, Etas, Milano, 1982; M. De Cecco, a cura di, *L'Italia e il sistema finanziario internazionale. 1919-1936*, Laterza, Roma-Bari, 1993, e B. EICHENGREEN, *Gabbie d'oro: il "Gold standard" e la grande depressione. 1919-1939*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

[48] B. MINOLETTI, *I porti franchi*, op. cit., pp. 13-16.

[49] B. MINOLETTI, *I porti franchi*, op. cit., pp. 17-19.

ISSN 2036-7821

La guerra e la successiva crisi economica del '29 avevano senza dubbio determinato un mutamento della situazione economica europea (ai venti Stati prebellici se n'erano aggiunti altri otto, con un aumento considerevole delle frontiere doganali e dell'instabilità politica; i sistemi monetari erano saliti da nove a ventitré; l'industrializzazione aveva subito un po' ovunque, in Europa, forti incrementi, determinando la necessità di aumentare la protezione delle industrie emergenti, in Italia per gran parte tecnicamente arretrate, e dell'intero comparto agricolo, costretto anch'esso da svariati fattori – come la concorrenza transoceanica ed una indispensabile esigenza di intensificazione delle colture – ad un rapido adeguamento tecnico[50]) e tale mutamento aveva comportato, di riflesso, in quasi tutti i paesi, l'intensificazione delle misure protezionistiche. Vi fu, pertanto, anche una corrispondente soppressione o riduzione dell'estensione di istituti, quali le zone ed i porti franchi, la cui funzione essenziale era, notoriamente, quella di dare più ampio respiro al commercio con l'estero e di conferire alle merci la massima libertà di movimento. Non vi fu, tuttavia, una netta chiusura verso questa categoria di strumenti e nemmeno verso altri istituti affini ai porti franchi, come i depositi franchi ed i magazzini generali, che erano – come si è spiegato – istituti più "limitati", ma connotati da una «funzione prevalentemente creditizia»[51].

La politica commerciale italiana, pur mirando a tutelare lo sviluppo delle attività considerate indispensabili per l'esistenza e per la resistenza della nazione, continuò a perseguire il fine di agevolare ed estendere gli scambi commerciali con l'estero. Nell'apparentemente unificante parola d'ordine dell'autarchia fascista convergevano, infatti, obiettivi diversi e confliggenti, cui si raccordavano interessi economici e politici differenti e, soprattutto, vere e proprie strategie di politica economica alternative l'una all'altra. In particolare, si contrapponevano una visione più "tradizionalista e moderata" della politica economica – convinta che era necessario potenziare al massimo le partite attive della bilancia dei pagamenti e tra queste, in primo luogo, l'esportazione[52] - ed una visione più "spregiudicata e meno legata alle regole tradizionali"[53], che propugnava un minore grado di apertura del mercato nazionale (l'idea era che una maggiore integrazione con i mercati esteri avrebbe reso l'economia nazionale troppo dipendente dal capitale internazionale e, quindi, vulnerabile alle sanzioni economiche internazionali), sostenendo che «non si può – oltre un certo segno – agire sulle esportazioni, perché qui è la volontà altrui la prevalente, cioè le condizioni che ci possono fare gli altri», mentre «si può e si deve

[50] G. MORTARA, *Sulla politica doganale italiana nel dopo guerra*, «Annali di Economia», vol. 9, n. 2, giugno 1934, p. 423.

[51] Cfr. B. MINOLETTI, *I porti franchi*, op. cit., pp. 125-139.

[52] Cfr. F. GUARNERI, *Imperativo categorico: Esportare!*, in «Commercio», gennaio 1938.

[53] Cfr. A. GAGLIARDI, *Il ministero per gli Scambi e valute e la politica autarchica del fascismo*, «Studi Storici», Anno 46, No. 4, Oct. - Dec., 2005, pp. 1033-1071.

ISSN 2036-7821

agire sulle importazioni limitandone i contingenti»[54]. Nei fatti, tuttavia, sebbene gli effetti della depressione mondiale si facessero sentire e si ripercuotessero sulle relazioni economiche tra i paesi, l'Italia si sforzò in tutti i modi, nel periodo che va dal 1922 al 1932, di evitare un incremento netto dell'incidenza dei dazi sulle importazioni[55] e, con decreti reali, il Governo italiano ebbe l'autorizzazione a concedere diverse specie di agevolazioni a favore del commercio di transito nelle principali città marittime del Regno[56]. In seguito, con la legge doganale n. 1424 del 25 settembre 1940, fu conferito pieno riconoscimento normativo anche all'istituto del punto franco (art. 78), facendolo, per così dire, rientrare nel sistema doganale italiano, dopo la serie di leggi speciali che lo avevano istituito ed attivato in numerose città portuali della penisola. Furono così emanati, in rapida successione, una serie di provvedimenti legislativi che istituivano "punti franchi" nei maggiori porti italiani, ma rimasero per gran parte inattuati[57] e ripresi molti anni dopo con l'istituzione di nuove "zone franche" negli stessi porti[58].

2.6. La forte diffusione delle ZES nel XX e XXI secolo

Nel secondo dopoguerra, il modello del porto franco superò il periodo di crisi che aveva attraversato nel corso del XIX secolo per assumere diverse e più moderne forme. A livello internazionale, si andarono affermando, simultaneamente, due nuovi istituti che risultavano più adeguati alle esigenze industriali e commerciali dell'epoca: la "zona franca" (o "zone economica libera") e le "zone economiche speciali".

Le moderne zone franche sono nate negli anni Sessanta, allo scopo di proteggere Stati che non possedevano uno sbocco sul mare o ne possedevano solo di assai disagevoli, oppure Stati che non avevano un porto ed erano obbligati a prenderne uno in prestito per svolgervi il commercio indispensabile alla loro vita. Tali istituti avevano ed hanno, pertanto, un'importanza internazionale, riguardante la vita dei popoli e le loro relazioni, e sono costituite oramai solo eccezionalmente per volontà espressa di un solo Stato, come avveniva nel caso dei porti franchi. Più frequentemente, esse traggono origine da convenzioni, trattati ed accordi internazionali, che esprimono la volontà di due o più Stati[59].

---

[54] Archivio storico Banca di Roma, Archivio Felice Guarnieri, fasc. 1.1.1, Mussolini a Guarneri, 13 febbraio 1938 (lettera dattiloscritta). La lettera è riportata in F. GUARNERI, *Battaglie economiche fra le due guerre*, Ristampa dell'edizione del 1953 a cura di L. ZANI, Bologna, Il Mulino, 1988 (1953), pp. 787-788.

[55] Cfr. sul punto E. SERRA, *Le zone franche portuali*, op. cit., pp. 314-329.

[56] Cfr. R.D. n. 726 del 17 marzo 1938, *Testo unico delle leggi sui depositi franchi*.

[57] Fra gli altri, il d.lgs. n. 268 del 5 gennaio 1948 (Venezia), la legge n. 75 dell'11 febbraio 1952 (Napoli) e la legge n. 843 del 6 agosto 1954 (Genova).

[58] Cfr. la legge n. 202 del 12 luglio 1991, con cui si autorizzava la costituzione di una "zona franca" nei porti di Genova, Napoli e Venezia.

[59] Cfr E. SERRA, *Le zone franche portuali*, pp. 314-315.

ISSN 2036-7821

Le zone economiche speciali nascevano, invece, nei paesi in via di sviluppo, con l'obiettivo di attirare capitale e tecnologia ed avviare un processo di crescita, una volta acquisita l'indipendenza politica dai governi coloniali. L'esplosione del fenomeno si è avuta tra gli anni Sessanta ed Ottanta con la diffusione, in alcuni paesi, di strategie di sviluppo industriale orientate all'esportazione (specialmente in Asia) e con la crescente dipendenza dei produttori globali dalla produzione *offshore*. L'accelerazione della produzione internazionale, verificatasi alla fine degli anni Novanta e Duemila, e la rapida crescita delle catene del valore globali (GVC) hanno determinato una nascita di numerose nuove ZES in molti paesi.
Si prevedeva, in verità, che le regole del commercio globale, che stabilivano una limitazione degli incentivi legati alle esportazioni e la graduale eliminazione delle eccezioni a tali regole per i paesi a basso reddito, avrebbero prodotto una riduzione del numero delle ZES, in particolare delle *Export Processing Zones* (EPZ). Ciò nonostante, la tendenza in atto si è solo in parte attenuata (poiché i regimi nazionali che disciplinano questa variegata tipologia di istituti sono stati prontamente adeguati alle nuove regole, pur conservando l'offerta di base riservata alle imprese operanti nelle zone suddette) e sembra, inoltre, che l'attuale decelerazione del processo di globalizzazione dell'economia stia avendo addirittura un effetto opposto rispetto a quello atteso, in quanto molti governi di diverse aree del pianeta stanno reagendo a tali cambiamenti con l'istituzione e/o attivazione di più ZES e di nuove tipologie di ZES. Come riportato infatti nelle indagini della Banca Mondiale e dell'Agenzia delle Nazioni Unite, negli ultimi anni, le zone economiche speciali hanno ormai raggiunto la cifra *record* complessiva di circa 5.400 e sono localizzate in 147 paesi del mondo, concentrandosi per lo più in Asia, Africa, America Latina e Caraibi [60].

3. Le ZES nell'esperienza giuridica contemporanea

3.1. Le denominazioni e classificazioni più utilizzate in ambito nazionale ed internazionale

Per sgomberare il campo da equivoci ed imprecisioni nella terminologia è doveroso, preliminarmente, prendere in esame le denominazioni più utilizzate e riconoscibili nell'esperienza nazionale ed internazionale. Esiste, a tale riguardo, una necessità impellente di fare chiarezza, poiché le definizioni e classificazioni correntemente utilizzate sono spesso di matrice diversa. Alcune di esse, per esempio, considerano le ZES esclusivamente da un punto di vista economico, come uno speciale strumento di intervento pubblico nell'economia che consente di fornire risposta a situazioni tipiche di inefficienza dei mercati e alla predominanza di logiche mono- od

[60] S. TRANQUILLI, *Le «zone economiche speciali» e la coesione territoriale: indagine comparata nell'Unione Europea e analisi del tentativo italiano*, «Diritto dell'economia», anno 66, vol. 102, n. 2, 2020, pp. 425-461; C. BAISSAC, *Brief history of SEZs and overview of policy debates,* in T. FAROLE (a cura di), *Special Economic Zones in Africa. Comparing performance and learning from global experience*, The World Bank, Washington, DC (USA), 2011, pp. 23-60.

ISSN 2036-7821

oligopolistiche che caratterizzano a volte ampi settori dell'economia, ma che richiede al tempo stesso, per avere successo, l'intervento attivo dei governi ed una fruttuosa interazione tra le amministrazioni pubbliche ed il settore privato[61]. Altre definizioni, invece, inquadrano l'istituto nel complesso sistema del diritto economico internazionale (*International Economic Law*) e ne studiano le caratteristiche e le prospettive future di sviluppo come manifestazione della recente tendenza degli Stati a riaffermare la propria sovranità applicando il diritto interno al posto o in parallelo con il diritto internazionale del commercio e degli investimenti[62].

Non esiste, pertanto, una definizione univoca e condivisa, né una classificazione unica ed universalmente accettata delle Zone Economiche Speciali. Gli approcci più comuni le raggruppano in base a fattori chiave, quali i loro obiettivi, la loro ubicazione ed il tipo di attività che ospitano. La Banca Mondiale individua sei diverse tipologie di ZES, che vanno dalle zone di libero scambio (*Free Trade Zones*, FTZ), che offrono in gran parte agevolazioni sugli scambi commerciali, alle zone industriali di esportazione (*Export Processing Zones*, EPZ) che puntano ad incrementare le esportazioni, ai porti franchi (*Freeports*), che si pongono obiettivi di sviluppo di intere aree o regioni ed ospitano diversi tipi di attività, alle zone imprenditoriali (*Enterprise Zones*, EZ), che mirano a rivitalizzare le aree urbane[63].

Oltre alle tipologie sopra menzionate, si fanno generalmente rientrare fra le ZES anche altre forme e strumenti più specifici di supporto alle attività economiche, come:

- i parchi industriali (*Industrial Park*, IP), aree con un confine geografico delimitato, specializzate nella produzione di beni industriali e nella fornitura di servizi per la produzione industriale; il principale campo di produzione delle imprese nei parchi industriali è la manifattura ed i servizi accessori alla produzione industriale[64];
- i parchi eco-industriali (*Eco-Industrial Park*, EIP), comunità di imprese manifatturiere e di servizi alla ricerca di migliori prestazioni economiche, ambientali e sociali; i vantaggi competitivi di questi parchi derivano da soluzioni collettive volte a generare una maggiore produttività delle risorse, l'implementazione di soluzioni tecnologiche che facilitano le sinergie industriali, la collaborazione nella gestione delle fonti di energia e da pratiche

[61] Così, per esempio, R. NARULA e J. ZHAN, *Using special economic zones to facilitate development: policy implications*, «Transnational Corporations Journal», 26(2), 2019.

[62] In questo senso, v. J. CHAISSE e G. DIMITROPOULOS, Special Economic Zones in International Economic Law: Towards Unilateral Economic Law, «Journal of International Economic Law», 24, 2021, pp. 229-257.

[63] Cfr. G. AKINCI e J. CRITTLE, *Special Economic Zones: Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, Foreign Investment Advisory Service (FIAS), Occasional Paper, Banca Mondiale, Washington, DC, 2008.

[64] Cfr. R. GALAL, *Special Economic Zones and Industrial Parks in South Asia: An Assessment of Their Regulatory Structures*, Banca Mondiale, Washington, DC, 2021.

ISSN 2036-7821

socialmente responsabili che mirano a ridurre al minimo le esternalità negative di produzione[65];

- i parchi tecnologici (*Technology Park*, TP), organizzazioni gestite da professionisti specializzati, il cui scopo principale è quello di accrescere la ricchezza della propria comunità promuovendo la cultura dell'innovazione e la competitività delle imprese associate e delle altre istituzioni coinvolte; per raggiungere tali obiettivi, esse stimolano e gestiscono il flusso di conoscenza e tecnologia tra università, centri di ricerca, aziende e mercati, facilitando la creazione e la crescita di imprese basate sull'innovazione attraverso l'attivazione di processi di incubazione e *spin-off*[66].

In ambito europeo si distingue, inoltre, tra "zone franche extra-doganali" (come Livigno e, fino al 1°/01/2020, anche Campione, in Italia) e "zone franche doganali di diritto comunitario" (ad esempio, sempre con riferimento all'Italia: il porto franco di Trieste e quello di Venezia), di cui agli artt. 243-249 del CDU. Il territorio doganale della Comunità non coincide infatti esattamente con la somma dei territori che fanno parte del territorio geofisico della Comunità: alcune zone, pur rientrando nei diversi territori nazionali, sono escluse dal territorio doganale comunitario; altri territori, invece, sebbene non facciano parte del territorio geofisico della Comunità, sono considerati a tutti gli effetti all'interno del territorio doganale comunitario.

Esistono, poi, delle zone franche che non hanno un'esclusiva valenza doganale. Si possono infatti individuare, all'interno del territorio dell'UE, una molteplicità di zone franche istituite e/o attivate per realizzare obiettivi diversi (agevolare il commercio internazionale, incrementare la produzione e l'occupazione, velocizzare lo sviluppo economico, ecc.) tramite la concessione di agevolazioni fiscali (imposte dirette, tributi locali), vantaggi finanziari ed amministrativi per le imprese che operano al loro interno ed altre forme di incentivi di natura economica e sociale.

La dottrina giuridica tende comunque a semplificare il panorama descritto, ordinando la suddetta molteplicità di strumenti ed istituti in due macro-categorie, quella delle zone franche cosiddette "classiche", caratterizzate dall'esonero dalla tariffa doganale e, in taluni casi, dalle imposte indirette, e quella delle zone franche "d'eccezione" (zone economiche speciali, zone di produzione per l'esportazione o *export processing zones*, zone speciali industriali, zone di riconversione economica), connotate da semplificazioni burocratiche, amministrative e da importanti agevolazioni fiscali, oltreché da altri benefici di ordine economico e sociale. Anche tale classificazione può, tuttavia, risultare fuorviante, se pensiamo che oggi i regimi ZES, nonostante l'enorme varietà di fattispecie e denominazioni utilizzate,

[65] Cfr. T. TUDOR, E. ADAM e M. BATES, *Drivers and limitations for the successful development and functioning of EIPs (eco-industrial parks): A literature review*, «Ecological Economics», Vol. 61, n. 2, 2007, pp. 199-207.

[66] Cfr. D.Z. ZENG, *Special Economic Zones: Lessons from the Global Experience*, PEDL Synthesis Paper Series, 1(1), 2016, pp. 1-9.

ISSN 2036-7821

potrebbero essere tutti considerati come un caso emblematico di applicazione del paradigma dello "stato di eccezione" al diritto dell'economia globale[67]. Per tale ragione, alcuni studiosi hanno proposto di adoperare la più comprensiva nozione di "zone fiscali speciali" (o *Special Tax Zones*, STZ) per ricomprendere non solo le zone franche doganali di diritto comunitario, ma anche tutte quelle aree geografiche che sono caratterizzate dalla presenza di benefici fiscali territoriali, vantaggi finanziari ed amministrativi e da altre forme di incentivi concessi alle imprese che operano o che hanno sede in un determinato territorio[68].

3.2. Le ZES nel diritto economico internazionale

Il diritto economico internazionale, vale a dire tutto l'insieme delle regole che disciplinano al giorno d'oggi i rapporti economici internazionali, sta cambiando molto rapidamente.

Il periodo di relativa crisi che l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) sta attualmente attraversando (principalmente a causa del fallimento della sua funzione negoziale) ha portato ad un proliferare di accordi commerciali regionali (i *Regional Trade Agreements*, o RTA), al di fuori del quadro dell'OMC, e ha conferito sempre maggiore rilevanza ai nuovi accordi internazionali mega-regionali (i *Mega-Regional Agreements*, o MegaRegs)[69].

Fra i "sotto-settori" del diritto economico internazionale, anche il diritto internazionale degli investimenti (e del relativo arbitrato) ha subito negli ultimi anni un duro contraccolpo. Com'è noto, un accordo internazionale sugli investimenti è un accordo tra due o più Stati che prevede diritti ed agevolazioni per promuovere gli investimenti *cross-border* privati tra gli Stati stessi attraverso la promessa di alcuni *standard* di trattamento riferibili agli investitori stranieri. Vi sono, attualmente, oltre 3.000 accordi internazionali sugli investimenti (*International Investment Agreements*, IIAs) in vigore che attribuiscono agli investimenti stranieri ampie protezioni legali – potenzialmente non disponibili ai sensi dell'ordinamento giuridico locale dello Stato ospitante – la cui efficacia è affidata ad un meccanismo di *Investor-State Dispute*

[67] Per un'analisi delle ZES come caso emblematico di applicazione dello "stato di eccezione" agambeniano quale paradigma dominante di governo delle relazioni economiche transnazionali, v. L. COTULA, *The state of exception and the law of the global economy: a conceptual and empirico-legal inquiry*, «Transnational Legal Theory», 8(4), 2017, pp. 424-454.

[68] Cfr., al riguardo, C. CIPOLLINI, *The Concept of Special Tax Zones in EU Tax Law*, «EC Tax Review», 28(6), 2019, pp. 307-321, ID., *Special Tax Zones and EU Law. Towards a new model for social cohesion policies*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen (Paesi Bassi), 2019 e P. PISTONE, J. DE GOEDE e A. LAUKKANEN, *Special Tax Zones in the Era of International Tax Coordination*, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam (Paesi Bassi), 2019.

[69] Sulla la crisi dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e, più in generale, sulle nuove prospettive di sviluppo del diritto economico internazionale, cfr. G. SACERDOTI, *La crisi dell'Organizzazione Mondiale del Commercio - WTO: ragioni e prospettive di rilancio dopo la XII conferenza ministeriale di giugno 2022*, «Il diritto del commercio internazionale», 36(3), 2022, pp. 595-616; G. LEPRI e I. SOLMONE, *Con la crisi del Wto è in gioco il multilateralismo*, «lavoce.info», 18 novembre 2020.

ISSN 2036-7821

Settlement (ISDS) basato sugli arbitrati internazionali[70]. Quest'ultimo meccanismo, tuttavia, per effetto anche delle sempre più forti restrizioni stabilite di recente dagli Stati nazionali in violazione dei trattati internazionali, sta attraversando una profonda crisi di legittimità, che ha spinto politici e studiosi a chiedere di comprendere anche tale questione all'interno del più ampio dibattito sulla riforma del settore.

Una tendenza che finora non è stata presa in considerazione dalla dottrina, nonostante la sua crescente rilevanza da un punto di vista economico e politico, è lo sviluppo di istituti di «diritto economico unilaterale», ovvero previsti unilateralmente dagli Stati senza avviare negoziati bi- o multi-laterali con altri paesi.

In realtà, la pratica dell'«unilateralismo» nel diritto economico internazionale è antica quanto il moderno commercio estero. Lo stesso diritto commerciale internazionale è nato come disciplina giuridica, verso la fine del XVIII sec., sotto forma di liberalizzazione della politica commerciale prevista unilateralmente dall'Impero britannico. È questo il cd. «unilateralismo classico». Il caso di studio emblematico e più interessante della sopra citata apertura commerciale unilaterale è rappresentato dalla serie di eventi che hanno portato progressivamente all'abrogazione delle *Corn Laws* (le cc.dd. «Leggi sul grano») applicate nel Regno Unito tra il 1815 ed il 1846.

Un diverso paradigma di unilateralismo è emerso negli anni successivi alla Seconda guerra mondiale, epoca in cui si andava affermando l'idea che la promozione del libero scambio doveva comunque ammettere un certo margine di manovra degli Stati per adottare misure unilaterali protezionistiche (cd. "unilateralismo incorporato"). Tale idea trovava un fondamento nella teoria dell'*Embedded Liberalism*, che differiva dalla scuola di pensiero liberale ortodossa per il maggior sostegno fornito al perseguimento di politiche nazionali protezionistiche. La predetta tipologia di unilateralismo ha portato allo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti, ovvero delle numerose leggi sugli investimenti esteri (*Foreign Investment Laws*, FILs) emanate da vari paesi nel mondo, a tutela soprattutto degli interessi dei Paesi in via di sviluppo decolonizzati, dopo la proclamazione del c.d. "Nuovo Ordine Economico Internazionale" (*New International Economic Order*, NIEO)[71].

---

[70] Per ulteriori approfondimenti su questo argomento, cfr. D. MANTUCCI, *L'arbitrato negli investimenti internazionali*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. MANTUCCI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020; F. MARELLA, *Arbitrato in materia di investimenti*, «Diritto on line», Enciclopedia Treccani, 2018; A. DEL VECCHIO e P. SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Cacucci, Bari, 2016; P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008.

[71] Ricordiamo che la disciplina internazionale degli investimenti svolge la funzione di contemperare due opposti interessi, entrambi meritevoli di tutela:

l'interesse dello Stato di destinazione dell'investimento (cd. "Stato ospitante" o "Stato ospite") ad attrarre investimenti stranieri, al fine di rafforzare il proprio sviluppo economico, pur salvaguardando la propria sovranità sul territorio rispetto a centri di potere economico stranieri;

ISSN 2036-7821

Altre forme di unilateralismo sono state poi ammesse nella disciplina del commercio internazionale per particolari esigenze di tutela dell'ambiente (*Sustainability Unilateralism*) e della sicurezza nazionale (*National Security Unilateralism*).
I vari tipi di unilateralismo sono così diventati, gradualmente, una caratteristica distintiva del diritto internazionale del commercio e degli investimenti. Se si dovesse considerare l'unilateralismo economico come un *continuum* di diversi gradi di liberalismo, la liberalizzazione unilaterale del commercio e degli investimenti che era tipica dell'era «classica» starebbe da un lato, mentre l'«unilateralismo aggressivo», tipico del *National Security Unilateralism*, starebbe dall'altro.
L'unilateralismo delle ZES – recentemente oggetto di un vivo dibattito fra gli studiosi di diritto internazionale dell'economia[72] – si inserisce nello schema descritto, ponendosi esattamente al centro, fra i due estremi del liberalismo unilaterale e di quello aggressivo. Tale istituto rappresenta, infatti, un'altra strategia che gli Stati pongono solitamente in essere per applicare il diritto interno al posto, o in parallelo, con il diritto internazionale del commercio e degli investimenti, per incentivare il commercio e gli investimenti esteri e per fornire garanzie agli investitori stranieri. La differenza tra questa ed altre strategie di commercio estero e di promozione degli investimenti è duplice. In primo luogo, le ZES sono istituite unilateralmente dagli Stati e, in quanto tali, incarnano «un nuovo unilaterale compromesso tra Stato e mercato», che in molti casi può risultare utile per integrare l'economia nazionale nell'economia sub-regionale o globale e, per questa ragione, può essere considerato come una soluzione complementare o alternativa a quella rappresentata dai tradizionali strumenti del diritto economico internazionale[73]. Ne deriva che i regimi ZES nazionali possono essere modificati a piacimento senza dover avviare negoziati bi- o multi-laterali con altri Stati e che la loro durata è esclusivamente sotto il controllo dello Stato, mentre la risoluzione ed il ritiro dei trattati e delle concessioni internazionali sono soggetti al controllo delle norme internazionali. In secondo luogo, poi, mentre i trattati richiedono l'applicazione delle norme internazionali all'intero territorio nazionale, ciò non è richiesto nel caso delle ZES, che invece costituiscono luoghi di sperimentazione, di progettazione e, soprattutto, di innovazione, in quanto consentono agli Stati di testare e sviluppare nuove politiche pubbliche su una scala ridotta, regionale ed in certi casi anche più piccola.

---

l'esigenza dell'impresa transnazionale a ricevere una tutela internazionale rispetto ai propri assets ed ai capitali investiti nel territorio dello Stato ospite per svolgere un'attività economica di medio-lungo periodo.
Alla luce di ciò, le numerose leggi sugli investimenti esteri emanate via via da vari paesi nel mondo sono considerate come un caso di *embedded unilateralism*.

[72] Cfr. per tutti J. CHAISSE e X. JI, *The pervasive problem of special economic zones for international economic law: Tax, investment, and trade issues*, «World Trade Review», 19(4), 2020, pp. 567-588.

[73] Sulla concezione delle ZES come «nuovo unilaterale compromesso tra Stato e mercato», cfr. J. CHAISSE e G. DIMITROPOULOS, *Special Economic Zones in International Economic Law: Towards Unilateral Economic Law*, op. cit., 2021.

ISSN 2036-7821

Questo articolo non intende fornire un'analisi completa delle questioni sollevate dalle ZES ai sensi del diritto economico internazionale. Tali questioni – essenzialmente legate all'utilizzo dell'istituto in violazione delle norme giuridiche che regolano il commercio e l'applicazione dei tributi a livello internazionale – esulano, per il momento, dal nostro campo d'indagine. È stato utile, tuttavia, analizzare le caratteristiche delle ZES che rilevano per il diritto economico internazionale, perché è proprio attraverso l'analisi di queste ultime che è possibile giungere ad una più completa definizione della natura giuridica delle stesse. Si tratta, come è possibile dedurre da quanto è stato fin qui rilevato in alcuni studi di diritto economico internazionale e dalle disposizioni contenute in alcuni regimi ZES nazionali, di aree geograficamente delimitate, spesso protette fisicamente – solitamente, ma non sempre, situate al di fuori del territorio doganale del paese ospitante (ma su tale aspetto torneremo nei paragrafi seguenti per fare ulteriori precisazioni) – istituite e/o attivate unilateralmente dagli Stati, che strategicamente decidono di utilizzare il loro diritto interno, piuttosto che i tradizionali strumenti del diritto internazionale dell'economia (trattati, convenzioni internazionali, ecc.), per creare "zone di eccezione", nelle quali la loro sovranità fiscale ed amministrativa si ritira per lasciare spazio all'iniziativa dei privati e, in particolare, di tutti quegli operatori economici che possono contribuire alla crescita e/o allo sviluppo economico di un determinato territorio[74].

3.3. Le ZES nel diritto tributario vigente

[74] Attraverso l'istituzione e/o attivazione delle suddette "zone di eccezione", spiega KELLER EASTERLING nel volume dal titolo *Extrastatecraft. The Power of Infrastructure* (Verso Books, London-New York, 2014), gli Stati nazione pongono in essere una nuova strategia di governo, che consiste nella creazione di "aree di eccezionalità ibrida" o "di extralegalità legalizzata", in cui cercano di emulare il più possibile gli Stati "falliti" – ad esempio rinunciando ad esercitare la propria sovranità nazionale – per attrarre investimenti e/o risorse utili alla realizzazione delle loro politiche pubbliche. Secondo HYTO STEYERL, si potrebbe provare a descrivere tale singolare strategia di governo con la metafora fantasiosa, ma azzeccata, della "instabilità costruttiva". Tale metafora fu utilizzata per la prima volta da THOMAS ELSAESSER in un dibattito sul significato dell'opera degli artisti svizzeri Fischli e Weiss *Der Lauf der Dinge* (1987). Con l'espressione suddetta, il famoso studioso e critico cinematografico tedesco, descrisse le proprietà aerodinamiche dei *jet* da combattimento, notoriamente capaci di ottenere un vantaggio decisivo dal volare in condizioni estreme, o sull'orlo del collasso. Secondo ELSAESSER, nelle opere di Fischli e Weiss ogni sorta di cose viene spinta a perdere l'equilibrio in un collasso celebrativo, ma – com'è scritto in uno dei sottotitoli che compaiono in un video elaborato dai due artisti – «Am schönsten ist das Gleichgewicht, kurz bevor's zusammenbricht» («l'equilibrio è più bello quando è sul punto di venir meno»). Alla stessa maniera, gli Stati nazione, creano al loro interno degli "spazi" ove la loro autorità sovrana viene meno di proposito, o si ritrae, in modo da consentire il conseguimento di vantaggi decisivi in termini di investimenti e di risorse utili alla realizzazione delle loro politiche pubbliche. Per ulteriori approfondimenti, cfr. comunque I. STEYERL, *Duty Free Art. Art in the Age of Planetary Civil War*, op. cit., 2018, cap. 3, e T. ELSAESSER, *«Constructive Instability», or The Life of Things as the Cinema's Afterlife*, in G. LOVINK e S. NIEDERER (a cura di), *Video Vortex reader: responses to YouTube*, Amsterdam: Institute for Network Cultures, 2008, pp. 13-31.

.

Nel diritto tributario italiano vigente si distingue, attualmente, tra zone franche doganali (d'ora in poi, ZFD), zone franche urbane (ZFU), zone economiche speciali (ZES) e zone logistiche speciali, nella versione cosiddetta "semplificata" ed in quella "rafforzata" (d'ora in poi, rispettivamente, ZLSS e ZLSR).

3.3.1. Le zone franche doganali

Le ZFD sono porzioni del territorio doganale dell'Unione, separate dal resto di tale territorio (art. 243 del CDU)[75], che si prefiggono, come obiettivo principale, quello di favorire il commercio estero (e, congiuntamente a quest'ultimo, l'attuazione della politica commerciale dell'Unione Europea[76]), e che consistono in un regime speciale di deposito, che dà diritto a benefici fiscali limitati all'imposizione indiretta (differimento del pagamento di dazi doganali, IVA ed accise)[77] e alla sospensione delle misure di politica commerciale.

Con l'applicazione del nuovo CDU (artt. 243-249) è oggi operativo un unico regime di zona franca, quello intercluso, il cui perimetro ed i cui punti di entrata e di uscita sono sottoposti a vigilanza doganale. Tale regime speciale sostituisce quello della previgente zona franca di tipo I di cui al "vecchio" Codice Doganale Comunitario del 1992 (che d'ora in poi indicheremo con l'acronimo CDC). I depositi franchi (artt. 166 e ss. CDC) e le zone franche di tipo II (art. 168-*bis* CDC) sono stati infatti soppressi[78].

In effetti, il legislatore UE, nel *considerando* n. 50 del CDU, ha inteso evidenziare la necessità di ricondurre ad un unico regime doganale la collocazione delle merci nelle zone franche, nonché di sottoporre le stesse a controlli doganali all'entrata e relativamente alle scritture. La costituzione di una ZFD non è tuttavia soggetta all'autorizzazione di cui all'art. 211 CDU. A tal fine, è sufficiente una autorizzazione rilasciata a livello locale. L'art. 243 del CDU si limita a prevedere che siano gli Stati membri a determinare la porzione di territorio che intendono destinare a zona franca (art. 243, comma primo) e a comunicare alla Commissione europea informazioni sulle rispettive zone franche esistenti (art. 243, comma secondo). Resta valida, pertanto, la disposizione contenuta nell'art. 166 del TULD (*Testo unico delle*

[75] Si tratta, come abbiamo precisato in precedenza (v. par. 3.2), di porzioni del territorio doganale considerate escluse dallo stesso per finzione di legge e, pertanto, sottratte alla disciplina doganale ordinaria.

[76] Così L. TOSI e R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Wolter Kluwer-CEDAM, Milano, 2018, p. 249.

[77] Le imposte dirette (come le imposte sul reddito) non sono ovviamente contemplate dal CDU, il cui ambito di applicazione si limita al contesto doganale (per la cui delimitazione si rinvia all'art. 1, par. 1, CDU).

[78] Per un confronto tra la disciplina delle ZFD contenuta nel CDC e quella dettata dal nuovo CDU, vedasi A.F. URICCHIO, *Zone economiche speciali e fiscalità portuale tra incentivi fiscali e modelli di prelievo*, in A. BERLINGUER (a cura di), *Porti, retroporti e zone economiche speciali*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 79-82.

ISSN 2036-7821

disposizioni legislative in materia doganale, "approvato" con D.P.R. 43/1973), secondo cui per l'istituzione di una ZFD è necessaria l'emanazione di una legge[79].

Nelle zone franche così costituite le merci introdotte:

- se non unionali, sono considerate come merci non situate nel territorio dell'Unione ai fini dell'applicazione dei dazi all'importazione e di altri oneri, come previsto dalle altre disposizioni pertinenti in vigore, nonché delle misure di politica commerciale, nella misura in cui non vietino l'entrata o l'uscita delle merci nel o dal territorio doganale dell'Unione (art. 237, comma primo, CDU);
- se unionali, possono essere vincolate al regime di deposito doganale o di zona franca in conformità ad una normativa specifica dell'Unione che lo prevede, oppure al fine di beneficiare di misure collegate alla loro esportazione, come il rimborso o lo sgravio dei dazi all'importazione (art. 237, comma secondo, CDU).

Il regime di zona franca assume «natura sospensiva ed economica», in quanto permette al titolare di differire il pagamento dei diritti relativi alle merci, favorendo così la circolazione delle merci in attesa della definitiva destinazione (immissione in libera pratica, altro regime o uscita dal territorio doganale dell'Unione)[80].

3.3.2. Le zone franche urbane

Le ZFU sono state introdotte in Italia nel 2006 (con la Legge finanziaria del 2007) ispirandosi all'omonimo istituto di origine francese delle *Zones Franches Urbanes*[81] e sono essenzialmente finalizzate a favorire, mediante l'uso della leva fiscale azionata su tributi principalmente diretti[82], la ripresa e lo sviluppo di territori colpiti da

[79] La normativa nazionale di riferimento è recata dagli artt- 164 e ss. TULD. Tale normativa è derogata con riferimento ai punti franchi situati nel Porto di Trieste, per i quali l'art. 169 del TULD fa salva la antichissima e più favorevole disciplina speciale relativa a dette aree. Cfr., al riguardo, UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE e C.C. OLIVA, *Manuale di diritto tributario internazionale*, CEDAM, Padova, 2012, p. 405.

[80] Cfr. M. SCUFFI e F. VISMARA, *Il Codice Doganale dell'Unione. Commento sistematico*, Giuffrè, Milano, 2021, commento all'art. 237 CDU, p. 627.

[81] Si tratta di un istituto introdotto per la prima volta in Francia, nel 1996, finalizzato alla valorizzazione di talune aree urbane svantaggiate. Per approfondimento sull'esperienza francese, v. S. ALLEMAND, *Enterprendre dans les quartiers sensibles – L'invention des zones franches urbaines*, Parigi, Autrement, 2006. Per un confronto tra l'esperienza italiana e quella francese v., invece, B. BRUNDU, *Zone franche: sviluppi e orientamenti geoeconomici*, Franco Angeli, Milano, 2017 e A. BERLINGUER, *Zone franche e zone economiche speciali al servizio di porti ed aeroporti*, in A. BERLINGUER (a cura di), *Porti, retroporti e zone economiche speciali*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 40-44.

[82] Tali agevolazioni consistono, principalmente, in esenzioni dalle imposte sui redditi, dall'imposta regionale sulle attività produttive, dall'imposta municipale propria e nell'esonero dal versamento dei contributi sulle retribuzioni da lavoro dipendente (cfr. art. 1, co. 341, della Finanziaria per il 2007).

ISSN 2036-7821

calamità naturali ed il rilancio di quartieri ed aree urbane caratterizzate da disagio economico e sociale (cfr. art. 1, co. 340, della Finanziaria per il 2007)[83].
Istituite ai sensi dell'art. 1, co. 340 e seguenti, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), le ZFU sono state oggetto di successivi interventi normativi (ai sensi dell'art. 1, co. 561 e ss., della legge finanziaria 2008 e del Decreto Interm. 10 aprile 2013, come modificato dal Decreto Interm. 5 giugno 2017), mediante i quali sono state sono stati definiti meglio condizioni, durata, modalità di accesso e fruizione e termini di decorrenza dei benefici in cui esse si sostanziano. La circolare del Mise (Ministero dello Sviluppo Economico) n. 172230 del 9 aprile 2018 ricostruisce l'attuale quadro normativo di riferimento e fornisce i chiarimenti interpretativi delle norme che regolano le diverse tipologie di agevolazioni previste a favore delle piccole e micro imprese, e dal 2017 anche dei professionisti, localizzati nelle predette ZFU.
Si ricorda che la prima ZFU ad essere effettivamente costituita (cfr. art. 10, co. 1-bis, del D.L. 39/2009, convertito con modif. dalla L. 77/2009) è stata quella de L'Aquila, a seguito del sisma che colpì la città nel 2009. Ai sensi dell'art. 37 del D.Lgs. n. 179/2012 fu poi prevista l'istituzione ed il finanziamento di altre ZFU nel territorio delle regioni di cui all'Obiettivo Convergenza (Campania, Calabria, Sicilia e Puglia), nonché nel territorio dei comuni della provincia di Carbonia-Iglesias[84].
Il D.L. 78/2015 ha previsto, quindi, l'istituzione di una ZFU nel territorio colpito dall'alluvione del 2014 nella provincia di Modena e in alcuni comuni colpiti dal sisma del 2012. Infine, con l'art. 46 del D.L. 24 aprile 2017, n. 50 (convertito con modif. dalla legge 21 giugno 2017, n. 96), è stata prevista l'estensione del regime delle ZFU al territorio dei comuni del Lazio, dell'Umbria, delle Marche e dell'Abruzzo colpiti dagli eventi sismici che si sono susseguiti a far data dal 24 agosto 2016. La disciplina di dettaglio è rinvenibile nella circolare n. 99473 del 4 agosto 2017, modificata ed integrata dalla circolare n. 114735 del 15 settembre 2017, oltre che dallo stesso Decreto Interm. Del 10 aprile 2013. La Legge di bilancio 2023 (art. 1, co. 746, della legge 29 dicembre 2022, n. 197) ha poi modificato l'art. 46 del sopracitato D.L. n.

[83] Sulle differenze, in termini di obiettivi perseguiti e di fondamento giuridico, tra zone franche urbane e zone franche di diritto doganale, v. già C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane e l'equivoco con le zone franche di diritto doganale*, op. cit., 2008.

[84] Il D.L. n. 66 del 2014 (art. 22-bis) ha autorizzato la spesa di 75 milioni di euro per il 2015 e di 100 milioni per il 2016 per gli interventi in favore delle ZFU di Campania, Calabria, Puglia e Sicilia, (art. 37, co. 1, del D.L. 179/2012) delle ulteriori zone franche individuate dalla delibera CIPE n. 14 del 2009 ricadenti nelle regioni non comprese nell'obiettivo Convergenza (nell'ambito dei comuni di Cagliari, Iglesias, Quartu Sant'Elena, Campobasso, Velletri, Sora, Pescara, Ventimiglia, Massa-Carrara, Matera), nonché della zona franca del Comune di Lampedusa (istituita dall'articolo 23, comma 45, del D.L. n. 98 del 2011). Tuttavia, la tabella E allegata alla Legge di stabilità 2015 (legge n. 190/2014) ha disposto un definanziamento delle risorse destinate agli interventi nelle ZFU previste dall'art. 22-bis del D.L. 66/2014, che comporta la riduzione da 75 a 40 milioni di euro delle risorse disponibili per il 2015.

ISSN 2036-7821

50/2017, estendendo così al 2023 l'efficacia delle agevolazioni finora riconosciute e non fruite per i periodi di imposta 2019, 2020, 2021 e 2022.
Come si può evincere da questa breve descrizione, la storia delle ZFU italiane non ha avuto un andamento lineare. I vari governi che si sono succeduti negli ultimi tre lustri hanno fatto ricorso a questo strumento in più occasioni, ma senza mai trasformarlo in una misura di carattere strutturale, per mancanza di adeguate risorse finanziarie e per mancanza di una visione strategica sul ruolo delle aree urbane e periferiche nello sviluppo economico del Paese. Anche i destinatari delle agevolazioni sono mutati più volte nel tempo. Dapprima, si è inteso circoscriverli alle sole imprese, con esclusione ad esempio dei professionisti intellettuali. Poi, il Mise, con il sopracitato D. Interm. Del 5 giugno 2017, ha incluso anche i professionisti intellettuali tra i beneficiari delle agevolazioni previste nella normativa. Se ne deduce che le ZFU rappresentano senza dubbio un importante volano per lo sviluppo economico delle aree svantaggiate di un territorio, ma necessiterebbero probabilmente di essere più adeguatamente valorizzate e coordinate con altri strumenti di incentivazione, come le ZES e le ZLS, all'interno di un piano strategico nazionale di riequilibrio territoriale e di recupero delle aree urbane e periferiche degradate.

3.3.3. Le zone economiche speciali

Le ZES sono state istituite in Italia con il D.L. 91/2017 (cd. "Decreto per il Mezzogiorno", convertito con modificazioni dalla L. 123/2017, cui ha fatto seguito il D.P.C.M. n. 18 del 25 gennaio 2018, che ne ha definito le modalità per l'istituzione, la durata, i criteri per l'identificazione e la delimitazione delle aree, i benefici, ecc.) e sono state concepite allo scopo di favorire gli investimenti nelle aree portuali delle regioni del Mezzogiorno, notoriamente connotate da un imponente ritardo di sviluppo socio-economico rispetto al resto del Paese (cfr. artt. 4, commi 1 e 2, del D.L. 91/2017 e 2, co. 1, del D.P.C.M. n. 18 del 25/01/2018).
Più precisamente, l'art. 4, comma primo, del Decreto per il Mezzogiorno stabilisce che la *ratio* dell'istituto è quella di «favorire la creazione di condizioni favorevoli in termini economici, finanziari e amministrativi, che consentano lo sviluppo, in alcune aree del Paese, delle imprese già operanti, nonché l'insediamento di nuove imprese in dette aree». Nel secondo comma, primo periodo, del citato art. 4 è contenuta, invece, la definizione dell'istituto, nella accezione accolta dal nostro legislatore, e della relazione che dovrebbe collegare più ZES tra loro ed ognuna di esse ad «almeno un'area portuale». In particolare, è disposto che: «Per ZES si intende una zona geograficamente delimitata e chiaramente identificata, situata entro i confini dello Stato, costituita anche da aree non territorialmente adiacenti purché presentino un nesso economico funzionale, e che comprenda almeno un'area portuale con le

ISSN 2036-7821

caratteristiche stabilite dal regolamento (UE) n. 1315 dell'11 dicembre 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti (TEN-T)».

Nei commi terzo e seguenti dell'art. 4 del cd. Decreto per il Mezzogiorno e negli articoli da 5 a 9 del D.P.C.M. 18/2018 sono descritte le modalità di istituzione[85] e le caratteristiche del sistema di *governance*[86] delle ZES. Aspetti questi, che, assieme a quello dei benefici fiscali concessi alle imprese già operanti nelle ZES, o che vengono ad insediarsi *ex novo* nei loro territori (di nuova istituzione), sono stati recentemente oggetto di diversi interventi di riforma, essendo generalmente considerati come aspetti-chiave, di enorme rilevanza, dai quali può dipendere addirittura il successo di questo innovativo modello di intervento nell'economia[87].

Fra i citati interventi di riforma, è doveroso ricordare:

[85] Come previsto dall'art. 4, co. 3, del D.L. 91/2017 (articolo modificato, dapprima, dall'art. 57 del D.L. 77/2021, convertito in legge n. 108/2021 e, poi, dall'art. 37 del D.L. 36/2022, convertito in legge n. 79/2022), le proposte di istituzione delle ZES possono essere presentate dalle regioni italiane economicamente "meno sviluppate" (sono quelle con PIL pro capite inferiore al 75% della media europea: Campania, Puglia, Basilicata, Calabria e Sicilia) e dalle regioni "in transizione" verso lo sviluppo economico (sono quelle con PIL pro capite compreso tra il 75% e il 90% della media europea: Sardegna, Abruzzo e Molise) individuate dal diritto comunitario ed ammissibili alle deroghe all'art. 107 del TFUE sul divieto degli aiuti di Stato che falsano o possono falsare la concorrenza nell'Unione europea. Ciascuna delle regioni citate potrà presentare una proposta di istituzione di una ZES sul proprio territorio, o al massimo due proposte, qualora in essa siano presenti solo una oppure due aree portuali con le caratteristiche previste dal Regolamento UE n° 1315 del 2013.

La domanda di istituzione deve essere corredata da un piano di sviluppo strategico dell'area, i cui contenuti sono stabiliti dal D.P.C.M. 12/2018, e va presentata al Presidente del Consiglio dei ministri dal presidente della regione (o dai presidenti delle due regioni interessate), sentiti i sindaci dei comuni che rientrano nell'area. Il Presidente del Consiglio dei ministri, verificato il piano strategico della ZES, la istituisce con un D.P.C.M. per una durata compresa fra sette e quattordici anni, prorogabile fino a un massimo di ulteriori sette anni, in relazione agli investimenti, alle attività di sviluppo di impresa da effettuare nella ZES ed all'impatto sociale ed economico atteso dall'istituzione della zona (artt. 5, 6 e 7 del DPCM 12/2018).

[86] La disciplina del sistema di *governance* prevede che l'amministrazione delle ZES sia demandata ad un Comitato di indirizzo (o direttivo) composto da un Commissario straordinario di governo che lo presiede, dal Presidente dell'Autorità portuale, da un rappresentante della regione o delle due regioni in cui si estende la ZES, di un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di uno del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e di un rappresentante dei Consorzi di sviluppo industriale presenti sul territorio della ZES costituiti ai sensi della legge vigente (art. 4, comma 6, del D.L. 91/2017). L'Agenzia per la coesione territoriale supporta l'attività dei Commissari delle ZES e garantisce, sulla base degli orientamenti della Cabina di regia dele ZES (presieduta dal Ministro per il Mezzogiorno, Autorità politica delegata per la coesione territoriale e composta dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie, dal Ministro per la P.A., dal Ministro dell'economia e delle finanze, dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, dal Ministro dello sviluppo economico, dai Presidenti delle regioni e delle province autonome e dai presidenti dei Comitati di indirizzo delle ZES istituite, nonché dagli altri Ministri competenti in base all'ordine del giorno), il coordinamento della loro azione e la pianificazione nazionale degli interventi in queste zone, tramite proprio personale amministrativo e tecnico a ciò appositamente destinato, con le risorse umane e strumentali disponibili a legislazione vigente (cfr. il combinato disposto di cui agli artt. 4, comma 7-quater, e 5, comma primo, lett. *a-quater)*, del D.L. 91/2017).

[87] In tal senso, cfr., per esempio, UNCTAD, *World Investment Report 2019: Special economic zones*, New York and Geneva, United Nations, 2019, pp. 126-206 e, più recentemente, S. HIDAYAT e S. NEGARA, *Special economic zones and the need for proper governance*, «Contemporary Southeast Asia», 42(2), 2020, pp. 251-275.

ISSN 2036-7821

- il D.L. n. 135 del 14 dicembre 2018 (recante *Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*), convertito in legge n. 12 dell'11 febbraio 2019, che ha introdotto la possibilità di istituire all'interno delle ZES zone franche doganali intercluse ai sensi del CDU, e dei relativi atti di delega e di esecuzione, e che, al fine di semplificare ed accelerare l'insediamento, la realizzazione e lo svolgimento dell'attività economica nelle ZES, ha disposto la riduzione di un terzo dei termini per alcuni procedimenti amministrativi, ambientali, autorizzazioni paesaggistiche, in materia edilizia, concessioni demaniali portuali, nonché il dimezzamento dei tempi per autorizzazioni, licenze, permessi o concessioni che richiedono pareri, intese e concerti di competenza di più Amministrazioni;
- D.L. n. 77/2021 (c.d. "Decreto semplificazioni"), convertito dalla legge n. 108 del 29 luglio 2021, che ha aumentato il limite massimo del credito d'imposta riconosciuto alle imprese insediate nelle ZES ed ha inserito l'art. 5 bis nel decreto-legge n. 91/2017 per semplificarne il sistema di *governance* e favorire la cantierabilità degli interventi in tempi rapidi, nonché l'insediamento di nuove imprese;
- la legge 30 dicembre 2020, n. 178 (Legge di Bilancio 2021), che ha introdotto una specifica agevolazione fiscale per le aziende che investono nel territorio delle ZES, vale a dire la riduzione del 50% dell'imposta sul reddito (IRES od IRPEF) a decorrere dal periodo d'imposta nel corso del quale è stata intrapresa la nuova attività e per i sei periodi d'imposta successivi (cfr. art. 1, commi 173-176).

In seguito alle modifiche apportate dai provvedimenti sopra citati, alle imprese già operanti nelle ZES, o di nuova istituzione, sono dunque concesse agevolazioni amministrative (cfr. artt. 5, comma primo, e 5-bis del cd. Decreto per il Mezzogiorno) e due tipologie di agevolazioni fiscali:

1) un credito d'imposta per gli investimenti effettuati nel territorio delle ZES, commisurato alla quota del costo complessivo dei beni acquisiti ed entro il limite massimo, per ciascun progetto di investimento, di 100 milioni di euro (cfr. art. 5, co. 2, del D.L. 91/2017); condizione per il riconoscimento del beneficio: le imprese beneficiarie non devono essere in stato di liquidazione o di scioglimento e dovranno continuare a svolgere la loro attività nell'area ZES per almeno sette anni dopo il completamento dell'investimento oggetto delle agevolazioni (cfr. art. 5, co. 3, del D.L. 91/2017);
2) il dimezzamento dell'imposta sul reddito (IRES od IRPEF) per le nuove attività avviate da imprese nel territorio delle ZES, a decorrere dal periodo d'imposta nel corso del quale è stata intrapresa la nuova attività e per i sei periodi d'imposta successivi; condizione per il riconoscimento del beneficio: le

ISSN 2036-7821

imprese beneficiarie non devono essere in stato di liquidazione o di scioglimento e dovranno continuare a svolgere la loro attività nell'area ZES per almeno dieci anni, conservando i posti di lavoro creati nell'ambito della stessa (cfr. art. 1, commi 173-176, della Legge di bilancio 2021).

Circa le modalità di istituzione delle ZES, è da segnalare poi, in particolare, quanto stabilito dai commi 4 e 4-bis, art. 4, del sopra citato Decreto per il Mezzogiorno: le proposte di istituzione di ZES possono essere presentate dalle regioni meno sviluppate e in transizione, così come individuate dalla normativa europea, ammissibili alle deroghe previste dall'art. 107 del TFUE; ciascuna regione può presentare una proposta di istituzione di una ZES nel proprio territorio, o al massimo due proposte ove siano presenti più aree portuali che abbiano le caratteristiche previste dalla legge; le regioni che non posseggono aree portuali aventi tali caratteristiche possono presentare istanza di istituzione di una ZES solo in forma associativa, qualora contigue, o in associazione con un'area portuale. Il modello della "ZES interregionale" e quello della ZES costituita "in forma associativa" offrono opportunità estremamente interessanti. Si tratta di formule innovative che potrebbero dar luogo ad inedite e proficue forme di collaborazione, fino ad oggi presenti solo in forza di accordi commerciali bilaterali e/o commerciali, e che potrebbero consentire di valorizzare le affinità e le potenzialità dei territori e delle relative filiere di produzione e/o di distribuzione[88].

3.3.4. Le zone logistiche speciali

Analogamente alle ZES delle aree portuali delle regioni "meno sviluppate" ed "in transizione", sono poi state istituite (con legge n. 205 del 27 dicembre 2017[89]) le ZLS, alle quali si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni relative alla procedura di istituzione delle Zone economiche speciali (di cui all'art. 4, comma 3, del D.L. 91/2017 e agli articoli da 5 a 7 del D.P.C.M. 12/2018) e le agevolazioni, fiscali ed amministrative, previste per le ZES dal citato D.L. 91/2017. L'obiettivo che il legislatore tributario si è proposto con la loro creazione è, infatti, quello di favorire la creazione di condizioni favorevoli allo sviluppo di nuovi investimenti nelle aree portuali delle regioni in cui non si applica il Decreto per il Mezzogiorno (ovvero delle regioni più sviluppate, così come individuate dalla normativa europea, ammissibili

[88] Per ulteriori approfondimenti sull'attuazione del modello di ZES interregionale, v. A.F. URICCHIO, G. CHIRONI, F. SCIALPI e P. DISO, *Le zone economiche speciali nella cornice nazionale ed interregionale*, in F. AMATUCCI e C. FONTANA, *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 27-47.

[89] In particolare, le ZLS sono state istituite e disciplinate dai commi da 61 a 65-bis dell'art. 1 della sopracitata legge 205/2017 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*), nel testo modificato dalla legge n. 160 del 27 dicembre 2019 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022*).

ISSN 2036-7821

alle deroghe previste dall'art. 107 del TFUE: cfr. art. 1, comma 61, della legge 205/2017).
Anche le ZLS hanno, dunque, come finalità l'attrazione di investimenti nelle aree portuali. Nel territorio ad esse assegnato, deve infatti essere compresa un'area portuale avente le caratteristiche previste dal Reg. UE 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, sullo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti (TEN-T) oppure un'Autorità di sistema portuale di cui alla legge 84/1994, modificata dal D.Lgs. 169/2016 (art. 1, comma 62, della L. 205/2017)[90].
Le nuove imprese e quelle già esistenti nelle ZLS fruiscono delle agevolazioni e semplificazioni previste per le ZES dall'art. 5 del D.L. 91/2017 (cfr. par. 5.7.2.3). Le ZLS non possono godere, tuttavia, di tutti i benefici previsti per le ZES. Per quanto concerne il credito di imposta previsto dall'art. 4, comma 2, del D.L. 91/2017, il comma 64 del citato art. 1 della legge 205/2017 estende alle imprese già esistenti e di nuova istituzione operanti nelle ZLS la possibilità di usufruirne, solo se ubicate nelle zone ammissibili alle deroghe in materia di aiuti di Stato previste dall'art. 107, par. 3, lettera *c)*, del TFUE.

4. I meccanismi giuridici che hanno favorito la diffusione dei nuovi porti franchi del lusso

4.1. Porti franchi e depositi franchi: disciplina, fondamento giuridico e caratteristiche distintive

Il codice doganale unionale (CDU) classifica l'istituto della "zona franca", e con esso quello del "deposito doganale", fra i regimi doganali speciali (disciplinati agli artt. 210 e seguenti del CDU)[91], oggetto di una radicale opera di modifica che ne ha recentemente ridisegnato i contorni, sia in termini sostanziali che operativi, al fine di semplificare le norme e le procedure doganali, rendendo le singole operazioni più efficienti ed in linea con le esigenze attuali del mercato internazionale di merci.
La succitata classificazione è dunque indubbiamente funzionale agli scopi che il legislatore comunitario si è prefissato, ma risulta arbitraria e non del tutto coerente con le altre norme dell'ordinamento doganale comunitario, poiché l'istituto della

[90] Qualora in una regione ricadano più Autorità di sistema portuale di cui alla legge 84/1994, e nell'ambito di una delle dette Autorità rientrino scali siti in regioni differenti, la regione è tuttavia autorizzata ad istituire una seconda ZLS, il cui ambito ricomprenda, tra le altre, le zone portuali e retroportuali relative all'Autorità di sistema portuale che abbia scali in regioni differenti (cfr. art. 1, co. 62, della sopra citata L. 205/2017).

[91] Il concetto di zona franca, in senso propriamente tecnico – almeno all'interno dell'Unione europea – è riferito alle sole «zone franche doganali». Nel linguaggio comune, tuttavia, tale terminologia si applica a tutte quelle aree geografiche che beneficiano di agevolazioni fiscali concesse dagli Stati al fine di incentivarne lo sviluppo. Sulla distinzione tra zone franche doganali e zone franche urbane, vedasi comunque C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico nelle zone franche urbane e l'equivoco con le zone franche di diritto doganale*, op. cit., 2008, pp. 105-142 e P. BARABINO, *Le zone franche nel diritto tributario*, op. cit., 2020, cap. I.

ISSN 2036-7821

zona franca – così come si è evoluto nei secoli[92] – risponde notoriamente a finalità diverse da quelle dei regimi doganali[93]. Questi ultimi presuppongono, infatti, l'esistenza di un territorio doganale all'interno del quale il particolare regime previsto nel CDU possa spiegare i propri effetti; la nozione di zona franca, invece, contiene in sé la negazione stessa della nozione di territorio doganale, essendo essa assimilata – mediante una *fictio iuris* – ai territori extra-doganali. Ciò che contraddistingue una zona franca da un territorio extra doganale vero e proprio è, in particolare, il fatto che mentre la zona franca è parte integrante di un territorio doganale, sebbene interclusa in esso, i territori definiti da un ordinamento doganale come extra doganali sono esterni ad esso e non ne costituiscono parte.

Si deve tener presente, inoltre, che al sintagma stereotipato della "zona franca" corrisponde, da secoli, una "categoria camaleontica", "un caleidoscopio di forme assai diverse le une dalle altre", caratterizzate dal fatto di avere come comune denominatore fenomeni di *deficit* infrastrutturali consolidati, ragioni geografiche, storiche, demografiche o climatiche particolari, che hanno portato e portano ad individuare come opportune regole speciali di extraterritorialità doganale, o comunque deroghe al regime tributario ordinario, nonché vantaggi di natura finanziaria ed amministrativa (procedure semplificate)[94].

All'interno di tale ampio *genus*, si ritrova la specie particolare della "zona franca doganale", la cui definizione è oggi contenuta nell'Allegato Specifico D, Capitolo 2, (d'ora in poi, ASD2) del *Protocollo aggiuntivo alla Convenzione internazionale per la semplificazione e l'armonizzazione dei regimi doganali* (Convenzione "riveduta" di Kyoto – Bruxelles, 26 giugno 1999: d'ora in poi, CRK). Secondo questa fonte normativa, per zona franca si intende «la parte di territorio di una parte contraente nella quale le merci introdotte sono considerate non situate nel territorio doganale per quanto concerne i dazi e le tasse all'importazione». A tale disciplina dovrebbero conformarsi tutte le fonti normative di livello inferiore. Per quanto concerne i paesi membri dell'Unione Europea, la disciplina dell'istituto è contenuta, invece, negli artt. da 243 a 249 del nuovo CDU. Vi sono, poi, sporadici riferimenti al regime di zona franca in

[92] Sull'evoluzione storica dei diversi istituti (porti, zone, punti, depositi, ecc.) che si sogliono qualificare – nell'uso comune – con la generica indicazione di "franchi", si vedano M. DE' AUGUSTINIS, *Dei porti franchi*, Napoli, 1836, D. MONTINI, *La politica economica del fascismo i porti franchi nella storia, nell'economia e nella legislazione italiana*, Tipografia Editrice "Italia", 1928, B. MINOLETTI, *I porti franchi*, Einaudi, Torino, 1939 e, più recentemente, con riferimento all'esperienza italiana, A. QUATTROCCHI, *L'esperienza italiana delle zone franche e dei punti franchi tra sviluppo portuale, prospettiva regionale e nuova dimensione locale*, in V. UCKMAR (a cura di), *Intrecci tra mare e fisco*, CEDAM, Padova, 2015, pp. 169-187.

[93] Per una ricostruzione delle funzioni essenziali svolte dai porti franchi e dalle zone franche nei confronti dei principali aspetti della vita economica di un paese, v. B. MINOLETTI, *I porti franchi*, op. cit., pp. 23 e ss..

[94] Per una definizione generale dell'istituto e delle sue caratteristiche principali, v. R. LOUVIN, *Le zone franche: miti, interrogativi e percorsi*, in R. LOUVIN (a cura di), *Flessibilità fiscale e zone franche. Profili giuridici e finanziari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 14 e ss..

ISSN 2036-7821

alcune norme del codice e dei suoi regolamenti complementari che trattano altri argomenti.

Nelle convenzioni doganali internazionali, l'espressione "zona franca" è utilizzata, comunque, non tanto per individuare una determinata tipologia di regime doganale, quanto un particolare schema o modello di organizzazione delle attività produttive e/o distributive cui devono conformarsi, per volere del legislatore comunitario, gli strumenti mediante i quali può essere attuata nei diversi territori doganali di riferimento la sopra menzionata *fictio iuris* della extraterritorialità. Al modello o schema della zona franca debbono conformarsi, per esempio, in ordine decrescente di estensione territoriale e secondo i diversi ordinamenti giuridici, i porti franchi (*free ports*), all'interno di essi le zone portuali franche (indicate anche come "punti franchi" nell'ordinamento doganale italiano) ed i c.d. "depositi franchi" (da non confondere con i "depositi doganali", che costituiscono invece – come sarà spiegato più avanti – un regime doganale speciale disciplinato dall'Allegato Specifico D, Capitolo 1,e dalle disposizioni dell'Allegato generale della citata CRK e, per quanto concerne i paesi membri dell'Unione Europea, dagli artt. 240-242 del CDU).

Porti franchi, punti franchi e depositi franchi sono tutti strumenti di attuazione concreta, a diversi livelli, di un medesimo schema normativo: quello dell'introduzione di merce estera in una parte di un territorio concretamente individuata ed interclusa e che, per convenzione, è assimilata ad un territorio extra doganale ed in tal senso è definita, appunto, "franca" rispetto al territorio doganale di riferimento; con la conseguenza che la merce estera in essa introdotta ed eventualmente "immagazzinata" (secondo la terminologia del CDU), per tutta la durata della sua giacenza, gode di un regime fiscale agevolato o "di vantaggio", essendo sottratta all'applicazione dei diritti doganali e di altri oneri di natura fiscale (come l'IVA all'importazione). In questo modo, le operazioni compiute all'interno di queste aree non sono ritardate da formalità di natura tributaria o doganale: le merci possono essere scaricate immediatamente dopo l'arrivo del vettore, trasportate all'interno del porto franco ed ivi depositate senza essere assoggettate a controllo doganale, né all'applicazione di tributi o di dazi. Obiettivo: agevolare i traffici commerciali internazionali, riducendo i costi di trasporto ed i tempi di svolgimento delle operazioni di scarico, deposito, immagazzinaggio e riesportazione delle merci. In quasi tutti i porti franchi è consentita, inoltre, la manipolazione delle merci, per renderle conformi alla domanda di mercato e, perfino, l'insediamento di stabilimenti industriali e di spazi dedicati all'esposizione delle merci (*showrooms*). Tali strutture sono infatti considerate come una particolare tipologia di zona economica speciale, rientrante nella sottocategoria delle *Free Trade Zones*, ovvero delle "zone di libero

ISSN 2036-7821

scambio"[95], e comunemente utilizzate (data la loro parvenza di straordinarietà, di extraterritorialità e di iperefficienza, che distrae gli osservatori da ciò che traspare al loro interno[96]), per lo stoccaggio ed il commercio internazionale di oggetti di valore come opere d'arte, metalli preziosi, diamanti, vini ed altri beni di lusso[97].

Non rientrano nello schema della zona franca i cosiddetti "depositi doganali", disciplinati dal Capitolo 1 dell'Allegato Specifico D (d'ora in poi, ASD1) e, se applicabili, dalle disposizioni dell'Allegato generale della citata CRK. Secondo tale fonte normativa, per deposito doganale si intende «il regime doganale in applicazione del quale le merci importate sono immagazzinate sotto controllo della dogana in un luogo designato a tale scopo senza pagamento di dazi e tasse all'importazione». Non vale, dunque, per questo istituto la sopra menzionata *fictio iuris* della extraterritorialità. Le merci depositate, fintantoché rimangono all'interno dei locali predisposti a tal fine, sono «sospese» e, se sono destinate ad essere successivamente esportate, possono essere ammesse nei depositi per usufruire immediatamente del rimborso dei dazi e delle tasse all'importazione (cfr. Pratiche raccomandate 1.7 ed 1.8, ASD1, della CRK). Le merci ospitate all'interno dei magazzini doganali possono comunque essere manipolate, al fine di assicurarne la corretta conservazione ovvero di potenziarne la qualità commerciale e la presentazione (per es., mediante etichettatura, riconfezionamento o blisteraggio)

Nella normativa comunitaria e nelle legislazioni nazionali sono previste, attualmente, due tipologie di depositi doganali: i depositi aperti a chiunque abbia il diritto di disporre delle merci (depositi doganali pubblici) e quelli riservati all'uso esclusivo di determinate persone (depositi doganali privati), se particolari esigenze del commercio o dell'industria lo giustificano.

I vantaggi derivanti dall'impiego di un deposito doganale sono dunque molteplici: nell'immediato, non si rende necessario alcun anticipo di dazi ed imposte sulle merci importate; sul lungo termine, è possibile pianificare strategicamente le operazioni doganali, acquistando la merce in fasi economicamente convenienti e rinviare la corresponsione dei relativi diritti doganali al momento della sua effettiva commercializzazione.

4.2. La riforma del codice doganale svizzero e l'incredibile ascesa dei nuovi porti franchi del lusso

[95] Cfr. C. CARR, *Freeports and special economic zones: risks and benefits for the EU*, risposte a domande scritte del Comitato Speciale del Parlamento Europeo per la criminalità finanziaria, l'evasione e l'elusione fiscale (TAX3), audizione pubblica del 15 ottobre 2018.

[96] Cfr. D. ORENSTEIN, *Out of stock: The warehouse in the history of capitalism*, University of Chicago Press, Chicago, 2019.

[97] Cfr. E. POST e F. CALVÃO, *Mythical islands of value: Free ports, offshore capitalism, and art capital*, «Arts», 9(4), settembre 2020, pp. 100-118).

ISSN 2036-7821

Lo schema o modello della zona franca trova, come si è spiegato (v. par. prec.), le sue radici in precise ragioni di ordine economico, ma si presta oggigiorno, sempre più frequentemente, ad essere utilizzato per commettere diverse tipologie di reato ed attività illecite. Verosimilmente, i fattori economici e giuridici che ne hanno favorito l'affermazione sono molteplici. Proveremo ad analizzarli più dettagliatamente qui di seguito, al fine di individuare le soluzioni che potrebbero essere adottate in futuro per abbassare il rischio di infiltrazioni criminali all'interno dei *free ports* e, più in particolare, all'interno dei nuovi porti franchi del lusso di recente diffusione.

Da un punto di vista economico, possiamo immediatamente constatare l'esistenza di una dinamica endogena, legata in modo speciale al mercato dell'arte, dei reperti archeologici e dei beni di lusso, che ha molto verosimilmente agevolato la diffusione del fenomeno. La dinamica in questione si è sviluppata, a quanto pare[98], in Svizzera, con la nascita del tradizionale modello di porto franco e dell'esigenza di un suo successivo "aggiornamento" per rispondere alla scatenata concorrenza degli *Open Customs Warehouses* (depositi doganali aperti), una nuova tipologia di regime doganale nata verso la fine degli anni Novanta e rapidamente diffusasi in tutta Europa, compresa la Svizzera.

Esistono diverse importanti differenze tra i predetti depositi doganali aperti ed i tradizionali porti franchi svizzeri, che hanno conferito un vantaggio competitivo al nuovo istituto, perché considerato più flessibile ed al passo coi tempi (o meglio, con le esigenze logistiche del commercio internazionale moderno). I porti franchi svizzeri, invece, fino alla riforma del diritto federale doganale del 2005, erano considerati come extraterritoriali. Pertanto, per ottenere la licenza, dovevano operare a fianco degli uffici doganali svizzeri ed erano vincolati agli orari ufficiali di apertura della dogana (cfr. "vecchio" testo della *Ordinanza della legge svizzera sulle dogane*, OLD, emanata il 10 luglio del 1926). I depositi doganali, al contrario, non sono mai stati extraterritoriali: la presenza *in loco* degli uffici doganali non era considerata necessaria ed i loro orari di apertura erano molto più flessibili (quindi, ben si adattavano al mondo frenetico della logistica e del commercio internazionale moderno). A seguito della riforma del diritto doganale svizzero, l'AFD ha dovuto tuttavia rivedere la procedura di concessione delle autorizzazioni d'esercizio ai depositi doganali. In cambio della maggiore flessibilità, sono state dunque stabilite procedure più rigorose, trasparenti e standardizzate rispetto a quelle previste in origine per l'istituzione dei tradizionali porti franchi (cfr. nuovo testo dell'art. 42 della *Legge Federale sulle Dogane*) ed il risultato di tutti questi cambiamenti è stato la

[98] Cfr. O. HELGADÓTTIR, *The Emergence of New Corporations: Free Zones and the Swiss Value Storage Houses*, op.cit., 2021, pp. 180-193, e v. anche, dello stesso autore, *The new luxury freeports: Offshore storage, tax avoidance, and "invisible" art*, op.cit., 2021, pp. 1-21.

rapida diffusione del nuovo modello di *storage*. Nel 2013 si contavano, infatti, una decina di porti franchi e ben 245 depositi doganali aperti (cfr. Controllo federale delle finanze, *Rapporto annuale 2014*, Berna, aprile 2015).

Con la riforma del diritto doganale svizzero e la conseguente rapida ascesa degli *Open Customs Warehouses*, per i porti franchi tradizionali è iniziata una inaspettata fase di decadenza. Solo il porto franco di Ginevra, il *Geneva Freeport*, è riuscito a sfuggire a questo infausto destino e a reinventarsi come nuovo porto franco del lusso, grazie anche alla presenza, nelle sue immediate adiacenze, di importanti case d'asta e mercanti d'arte. Questa struttura è così diventata il luogo di stoccaggio preferito dalle persone più facoltose e dalle *élites* internazionali, ma da allora è stata anche oggetto di numerose denunce e di approfondite indagini per il suo presunto coinvolgimento nel commercio di reperti archeologici rubati e nel riciclaggio di danaro proveniente da attività illecite. La sorveglianza è aumentata, per la precisione, dopo alcuni scandali che hanno interessato il mondo dell'arte, come quello che coinvolse l'oligarca russo Dmitry Rybolovlev ed il famoso mercante d'arte svizzero Yves Bouvier, e dopo la pubblicazione dei Panama Papers nel 2016. Da questi ultimi documenti è emersa, infatti, la più grande mole di informazioni sul funzionamento di un mercato dell'arte ricchissimo, ma allo stesso tempo opaco e, dunque, terreno fertile per gli affari degli speculatori e delle organizzazioni criminali.

È così che, dal 2016, la legge svizzera obbliga i responsabili dei porti franchi a tenere un inventario di tutti i beni sensibili depositati all'interno dei loro magazzini (che comprende espressamente le opere d'arte, gli oggetti da collezione e le antichità) e prevede che le suddette merci non possano essere sottratte alla vigilanza doganale durante la loro giacenza in deposito (cfr. art. 66, commi 1 e 3, nuovo testo della *Legge Federale sulle Dogane*, LFD). Nell'inventario devono essere inoltre accuratamente riportate indicazioni sull'identità, sui recapiti e sull'attività esercitata dai locatari, dai sottolocatari, nonché dai depositanti merci sensibili all'interno dei locali situati nei depositi (cfr. art. 66, commi 1 e 2, della LFD ed art. 183 della OLD). Indicazioni che non forniscono tuttavia indicazioni sul proprietario effettivo dei beni. I soggetti indicati, infatti, potrebbero anche essere una persona giuridica, ma non necessariamente il proprietario effettivo.

Al fine di incentivare la rotazione delle scorte nei depositi è stato poi introdotto un termine di sei mesi per l'asportazione delle merci dal territorio doganale. La legge doganale consente, tuttavia, all'Amministrazione federale – se vi sono motivi oggettivi comprovati che impediscono di esportare le merci entro il termine d'esportazione (in particolare, ritardi nella catena logistica, una vendita non conclusa, provvedimenti di embargo, fallimento, catastrofi naturali, sanzioni od eventi bellici nel Paese di destinazione) – di prorogare il detto termine fino ad un

ISSN 2036-7821

massimo di tre volte ed ogni volta per un massimo di sei mesi (cfr. artt. 53, co. 3, 65, co. 2, della LFD ed artt. 157 e 179 della OLD).

L'impressione che se ne trae è che le nuove norme non scalfiscano minimamente il giro d'affari del *Geneva Freeport* e dei nuovi porti franchi del lusso nati in tutto il mondo ad imitazione del più celebre modello svizzero. La nuova disciplina svizzera di contrasto al fenomeno del riciclaggio[99] mira, peraltro, ad introdurre una maggiore trasparenza nelle operazioni di compravendita di beni mobili, compresi quelli artistici ed i beni da collezione, offrendo a coloro che operano in questa tipologia di mercato – se nell'ambito di una transazione commerciale ricevono più di 100 000 franchi in contanti – la possibilità di scegliere tra due opzioni: coinvolgere nella transazione un intermediario finanziario (come le banche, i gestori patrimoniali ed i *trustee*), in modo da eliminare l'anonimato consentito dalle operazioni in contanti e ridurre le opportunità di occultamento dell'identità dei riciclatori oppure svolgere indagini di *due diligence* sui fondi dell'acquirente per garantire la legittimità delle loro origini (cfr. art. 2, commi 2 e 3, artt. da 3 a 6 ed art. 8*a*, della LRD). Tale normativa, tuttavia, minaccia di punire non solo le organizzazioni criminali e tutti i soggetti che, in un modo o nell'alto, si servono del mercato dell'arte per compiere attività illecite, ma anche i commercianti che svolgono la loro attività in modo legittimo. La prima opzione, infatti, pur contribuendo a rendere più sicuro il mercato dell'arte, riducendo i rischi di riciclaggio, non consente di salvaguardare l'anonimato delle transazioni, che risulta invece molto gradito agli operatori del settore. Inoltre, gli obblighi di *due diligence*, che i commercianti dovrebbero rispettare per garantire la legittima provenienza dei fondi, comportano costi molto elevati, che i venditori potrebbero ben decidere di trasferire in avanti, e cioè sul prezzo pagato dall'acquirente. Questi costi, come le limitazioni alla segretezza, potrebbero dunque danneggiare proprio i *traders* onesti, allontanandoli dai mercati regolamentati e dirottandoli verso mercati concorrenti non regolamentati, oppure assoggettati ad un minor numero di vincoli normativi[100].

---

[99] Cfr. il nuovo testo della *Legge federale svizzera relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo* del 10 ottobre 1997 (Legge sul riciclaggio di denaro, LRD), modificata dalla Legge federale del 12 dicembre 2014 concernente l'attuazione delle raccomandazioni del gruppo di azione finanziaria, rivedute nel 2012 ed in vigore dal 1° gennaio del 2016.

[100] Il mercato dell'arte cinese, per esempio, gode di una disciplina relativamente permissiva rispetto ai mercati europei e potrebbe dunque diventare una valida alternativa alla Svizzera sia per i collezionisti onesti sia per i riciclatori. Analogamente, i porti franchi di Monaco, di Pechino e del Delaware potrebbero essere incentivati a mantenere inalterati i loro termini di conservazione (illimitati) e le loro politiche di riservatezza sull'identità dei clienti. Cfr., al riguardo, K.L. STEINER, *Dealing with Laundering in the Swiss Art Market: New Legislation and its Threats to Honest Traders*, «Case Western Reserve Journal of International Law», 49(1), 2017, pp. 351-372 e R. GALULLO e A. MINCUZZI, *Porti franchi dell'Est Europa «buco nero» per riciclaggio ed evasione*, op. cit., 6 novembre 2018.

ISSN 2036-7821

4.3. Conseguenze dell'errata interpretazione del concetto di extraterritorialità delle zone franche

Un altro fattore che ha consentito la diffusione dei *luxury freeports*, e più in generale l'utilizzo delle zone franche per il compimento di reati e di altre attività illecite, è rappresentato – come è stato recentemente evidenziato in un *research paper* dell'Organizzazione Mondiale delle Dogane (OMD)[101] – da un'errata interpretazione della definizione del concetto di extraterritorialità comunemente riferito alle zone franche[102]. Tale definizione è contenuta nell'ASD2 del Protocollo aggiuntivo alla CKR e, come molte altre definizioni e disposizioni di questo documento normativo, è stata copiata o trasfusa in altre convenzioni internazionali e legislazioni nazionali.

In particolare, nel suddetto documento normativo si afferma che le zone franche sono «parte del territorio di una parte contraente», ma sono considerate «al di fuori del territorio doganale» ai fini dell'applicazione dei dazi doganali e dei tributi sulle importazioni. È stato osservato, tuttavia, che nelle legislazioni nazionali di diversi paesi le zone franche sono definite in generale come aree extraterritoriali, ovvero non comprese nel territorio doganale, e non soltanto con riferimento all'applicazione dei dazi doganali e dei tributi sulle importazioni. In tali paesi, le vendite da parte di enti o soggetti del mercato domestico ad enti o soggetti che si trovano all'interno del perimetro di una zona franca tendono ad essere formalmente definite come "esportazioni". Analogamente, in molti di quei paesi, è tendenza comune definire come "importazioni" le vendite effettuate da enti o soggetti localizzati all'interno di una zona franca ad enti o soggetti del mercato domestico. In altri paesi, inoltre, l'effettuazione dei consueti controlli doganali è espressamente esclusa.

Tali tendenze sono dovute ad una errata interpretazione della norma, che si è gradualmente diffusa portando a considerare le merci immagazzinate all'interno delle zone franche come "al di fuori del territorio doganale", e non solo ai fini dell'applicazione di tributi e dazi doganali. Ne è derivata una riduzione del coinvolgimento delle dogane nella fase di istituzione delle zone franche, od in quella successiva di concessione delle autorizzazioni ad operare all'interno delle stesse, ed un affievolimento o allentamento dei controlli da parte degli operatori, che hanno finito per favorirne un uso improprio od illecito da parte di organizzazioni criminali e terroristiche, finalizzato prevalentemente all'evasione fiscale e al contrabbando di prodotti contraffatti (fra i quali anche opere d'arte e reperti archeologici) ed usurpativi.

[101] Cfr. K. OMI, *«Extraterritoriality» of Free Zones: The Necessity for Enhanced Customs Involvment*, op.cit..

[102] Sulla erronea attribuzione del carattere di extraterritorialità alle zone franche, v. già E. SERRA, *Le zone franche portuali*, «Rivista di Studi Politici Internazionali», vol. 6, n. ¾, Luglio-Dicembre 1939, pp. 314-329: «Per quanto riguarda la natura giuridica della zona franca, è chiaro che parlare qui di extraterritorialità sarebbe altrettanto erroneo quanto l'adoperare il medesimo concetto per le sedi delle rappresentanze diplomatiche».

ISSN 2036-7821

Tale fenomeno appariva inizialmente innocuo, o comunque privo di "effetti collaterali", ma desta oggigiorno timori crescenti, non soltanto per l'impatto della criminalità e delle attività commerciali illegali sulla sicurezza pubblica e sullo Stato di diritto, ma anche per gli effetti negativi del commercio di prodotti contraffatti sul vantaggio competitivo legittimo dei titolari dei diritti e, di conseguenza, sull'innovazione, sull'occupazione e sulla crescita economica a lungo termine[103].

5. I luxury free ports e le norme europee di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo

I porti franchi erano dunque, in origine, magazzini destinati a fungere da spazi per lo stoccaggio – e, talvolta, anche per la lavorazione – delle merci in transito. Solo di recente sono diventati popolari, e si sono fortemente diffusi, perché considerati come uno strumento ideale per la conservazione e lo scambio di oggetti di valore (quali opere d'arte, pietre preziose e gioielli, oggetti d'antiquariato, reperti archeologici e vini pregiati), e studiati pertanto, appositamente, per rispondere alle esigenze di diversificazione, "ripulitura" e/o di occultamento della ricchezza avvertite da soggetti dotati di ingenti e complessi patrimoni o da gruppi criminali organizzati[104].

Un ruolo fondamentale, nel sopra menzionato processo di trasformazione, può essere certamente attribuito al crescente impegno dei governi nella repressione del segreto bancario e dell'evasione fiscale. L'introduzione, negli USA, del *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) e l'adozione, in ambito OCSE, di un nuovo *standard* globale di scambio automatico di informazioni tra autorità finanziarie (il *Common Reporting Standard*, CRS) – recepito anche dai paesi membri dell'UE tramite la Direttiva 2014/107/UE del Consiglio dell'Unione europea del 9 dicembre 2014 (DAC 2) – hanno reso infatti ancora più arduo, per i soggetti titolari di attività finanziarie detenute all'estero, sfuggire alle legittime pretese del Fisco. Gli individui con un patrimonio netto elevato hanno iniziato, sempre più frequentemente, a cercare forme di investimento alternative dei loro danari depositati nei conti correnti bancari, sia per

[103] Recenti studi, condotti congiuntamente dall'OCSE e dall'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO), hanno identificato i rischi posti dal commercio illecito di prodotti contraffatti che transitano attraverso le zone franche e la conseguente necessità di colmare le lacune nell'applicazione delle norme pertinenti. L'ultimo studio di tale serie (*Global Trade in Fakes. A worrying threat*) esamina le dimensioni e gli effetti economici del commercio mondiale delle contraffazioni. Si tratta dell'aggiornamento di indagini precedenti (pubblicate rispettivamente nel 2016, nel 2017 e nel 2019) che si basa sugli ultimi dati disponibili riguardanti i sequestri del 2019. I dati rilevati sembrano confermare che una percentuale significativa del commercio illecito globale transita attraverso le zone franche o comunque ne faccia uso. Cfr. OCSE-EUIPO, *Global Trade in Fakes. A worrying threat*, OECD Publishing, Parigi, 2021; ID., *Trends in Trade in Counterfeit and Pirated Goods*, OECD Publishing, Parigi, 2019; ID., *Mapping the Real Routes of Trade in Fake Goods*, OECD Publishing, Parigi, 2017; ID., *Trade in Counterfeit and Pirated Goods: Mapping the Economic Impact*, OECD Publishing, Parigi, 2016.

[104] Cfr., al riguardo, PARLAMENTO EUROPEO, *Money laundering and tax evasion risks in free ports: Study at the request of the special, committee on financial crimes, tax evasion and tax avoidance (TAX3)*, EPRS, European Parliament, ottobre 2018.

ISSN 2036-7821

sottrarli alla tassazione, sia per metterli al riparo dai rischi legati alle oscillazioni dell'attività economica e dei mercati.

Di fronte ad una più severa repressione del segreto bancario e dell'evasione fiscale, si è sviluppato, in tal modo, un legame sempre più forte tra mercato dei beni di valore e finanza, che ha portato alla maturazione di una situazione indiscutibilmente paradossale su entrambi i versanti. Nel primo ambito, infatti, i beni in esame – ormai diventati una pura merce di scambio, uno strumento speculativo e di pianificazione fiscale, in alcuni casi anche strumento per il compimento di illeciti – non sono più prodotti per essere esposti ed ammirati in luoghi accessibili al pubblico, ma per diventare "invisibili", oppure per essere "nascosti", piuttosto che solo custoditi od immagazzinati, segregati in luoghi estremamente confortevoli ed ipersicuri, ma sottratti completamente alla fruizione del pubblico. Nel secondo ambito, invece, com'è stato spiegato, la maggiore repressione ha contribuito addirittura a promuovere e ad integrare un nuovo modello di *business* ed una nuova forma di paradiso fiscale[105] o, se si preferisce, di società *offshore* operante in un mercato globale, ma assolutamente opaco e scarsamente regolato.

Le nuove norme europee sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, contenute nella Direttiva n. 2018/843 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 (meglio nota come V Direttiva antiriciclaggio: *5th Anti-Money Laundering Directive*, o 5AMLD), costituiscono senza dubbio un primo passo nella lotta contro l'utilizzo per fini illeciti dei porti franchi. Esse, infatti, hanno previsto un sostanziale ampliamento del campo di applicazione delle precedenti quattro direttive antiriciclaggio, comprendendo tra i cc.dd. "soggetti obbligati" al rispetto della disciplina suddetta tutta una serie di nuovi attori, come i porti franchi ed i commercianti di opere d'arte (art. 2, co. 2, lett. *i)* e *j)* della 5AMLD). Non sembra, tuttavia, che questi cambiamenti siano stati in grado, finora, di minacciare l'espansione del collaudatissimo "modello dei *Luxury Freeports*": la 5AMLD non classifica i porti franchi tra le istituzioni finanziarie (anche se hanno caratteristiche che le avvicinano moltissimo a queste ultime), ma solo tra i soggetti obbligati al conferimento delle informazioni richieste e laddove nasca previamente il sospetto che siano stati compiuti atti illeciti. Tale disciplina non ha previsto, in altre parole, alcuno "scambio automatico" di informazioni tra autorità fiscali ai sensi del FATCA statunitense, dei CRSs adottati dall'OCSE e dagli accordi di segnalazione stabiliti nella DAC ed inoltre vieta alle autorità fiscali di richiedere dati od informazioni a soggetti obbligati di natura non finanziaria. Ricordiamo, ancora, che i proventi della vendita di opere d'arte ed il possesso di altri beni di

[105] Già nel 2014, un giornalista dell'*Independent*, James Moore, sottolineava come la caduta delle leggi sul segreto bancario può certamente contribuire a trasformare i porti franchi in una sorta di paradiso fiscale. Cfr. J. MOORE, *Inside the storage city where treasure is buried deep*, «Independent», 19 settembre 2014.

ISSN 2036-7821

valore, quali gli oggetti di antiquariato, i reperti archeologici, i gioielli od i vini pregiati, non rientrano nelle categorie per cui è previsto lo scambio automatico di informazioni tra le autorità fiscali: poiché gli operatori dei porti franchi non sono istituzioni finanziarie, non sono obbligati a fornire informazioni sulla loro clientela ai sensi del FATCA, dei CRSs o della DAC1. Pertanto, è molto probabile che il suddetto scambio di informazioni resti limitato.
La V Direttiva europea sulla cooperazione amministrativa (DAC 5) ha apportato, di recente, un significativo cambiamento, che potrebbe forse servire a contrastare il predetto utilizzo dei porti franchi per fini illeciti. Essa infatti ha stabilito, ai fini dell'attuazione e dell'applicazione delle norme contenute nella direttiva e al fine di garantire l'effettivo funzionamento della cooperazione amministrativa da essa stabilita, che gli stati membri dell'Unione dovranno disporre l'accesso (automatico) delle autorità fiscali alle informazioni sulla titolarità effettiva e ad altre informazioni raccolte dai soggetti obbligati ai sensi della AMLD (art. 22, co. *1-bis)*). Sembra, tuttavia, che il successo di questa disciplina non sia ancora garantito, nonostante i cambiamenti apportati. Resta, per esempio, irrisolta una questione importante: se i depositi doganali rientrino o meno nell'ambito di applicazione della 5AMLD. In caso di risposta negativa, essi dovranno infatti attenersi ai requisiti piuttosto flessibili previsti nel CDU.
Anche dopo l'entrata in vigore della quinta direttiva antiriciclaggio, dobbiamo dunque presumere che le probabilità di scambio di informazioni tra autorità fiscali restino ancora molto basse, principalmente a causa della limitata accessibilità garantita dai soggetti obbligati di natura non finanziaria.

6. La questione della legittimità costituzionale delle agevolazioni fiscali collegate alle zone franche e alle ZES

6.1. La differente natura delle fattispecie

Qualsiasi valutazione circa la compatibilità dei regimi fiscali di vantaggio collegati alle zone franche e alle ZES con i principi costituzionali di capacità contributiva (art. 53) e di uguaglianza (art. 3) non può prescindere dalla considerazione della diversità del fondamento giuridico e degli obiettivi perseguiti per il tramite dei singoli istituti (le differenti *rationes* alla base delle misure di favore previste), al di là della nomenclatura utilizzata in relazione alle specifiche fattispecie dal legislatore. Si tratta, a ben guardare, di un compito complesso, constatata l'attuale «assoluta perdurante imprecisione del legislatore nel definire le diverse fattispecie sottrattive del carico tributario»[106].

[106] S. FIORENTINO, *Il diritto ai regimi di vantaggio: l'agevolazione fiscale*, op. cit., p. 314, che offre anche preziosi spunti di riflessione ritraibili dai più recenti ed accorti orientamenti della giurisprudenza costituzionale e di

ISSN 2036-7821

Come osservato di recente da una parte della dottrina[107], il suddetto problema non si pone per le ZFD. In tal caso, infatti, le merci introdotte all'interno di queste aree sono destinate ad essere immagazzinate ed il mancato pagamento dei dazi e dell'IVA sulle merci non unionali – così come la non applicazione di misure di politica commerciale – si giustifica, in quanto il presupposto impositivo complesso, costituito dall'attraversamento della linea doganale e dall'immissione al consumo della merce, non si realizza[108]. Conseguentemente, si può affermare che le ZFD «nulla hanno a che fare» con la categoria delle agevolazioni fiscali. Si tratta, piuttosto, di un regime doganale speciale (cfr. artt. 243-249 dell'attuale CDU), che ha il fine specifico di agevolare le operazioni commerciali mediante l'applicazione di un meccanismo di sospensione dell'imposizione degli oneri legati all'importazione (e dell'applicazione delle misure di politica commerciale), posticipati al successivo momento di immissione della merce in libera pratica[109].

Per quanto concerne i regimi fiscali collegati alle altre fattispecie qui prese in esame (in particolare, per le zone franche e le ZES), è evidente, invece, la natura agevolativa. Tale aspetto emerge con evidenza, per le ZFU, fin dalla norma istitutiva, la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (la Finanziaria per il 2007), ove è specificato che «al fine di

---

legittimità. Data la vaghezza e l'imprecisione del legislatore, è infatti necessario relativizzare le formule e le definizioni contenute nelle norme, poiché queste possono assumere, molto spesso, a seconda dei contesti in cui ricorrono, significati differenti o particolari. Sull'assenza di una definizione legislativa generale delle agevolazioni fiscali, v. anche A. GUIDARA, *Agevolazioni fiscali*, in *Diritto on line Treccani*, 2013 e E. REGGIANI, *Le agevolazioni tributarie*, in Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e Ruolo, *Rassegna semestrale delle pronunce della Corte di cassazione in materia tributaria. Primo semestre 2018*, 2019, pp. 151-186. Sull'argomento è doveroso infine ricordare i lavori monografici di F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, CEDAM, Padova, 1992, A. DAGNINO, Agevolazioni fiscali e potestà normativa, CEDAM, Padova, 2008 e A. PACE, *Agevolazioni fiscali. Forme di tutela e schemi processuali*, Aracne, Torino, 2011, nonché le voci enciclopediche di S. LA ROSA, *Esenzioni ed agevolazioni tributarie*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989 e di M. BASILAVECCHIA, Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario), in Enciclopedia del Diritto, Aggiornamenti, vol. V, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 48 e ss..

[107] A, GIOVANARDI, *Sulla ragionevolezza delle agevolazioni fiscali collegate allo svolgimento dell'attività economica in un determinato territorio: dalle zone franche urbane alla riduzione dell'imposta sul reddito per le nuove iniziative imprenditoriali nelle zone economiche speciali*, in R. LOUVIN (a cura di), *Flessibilità fiscale e zone franche. Profili giuridici e finanziari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 59-75.

[108] Ricordiamo che per i dazi doganali, come per le accise, il presupposto oggettivo dell'imposizione va individuato in una fattispecie complessa a formazione progressiva, che si compone di due elementi o momenti: l'attraversamento della linea di confine, che fa sorgere il rapporto obbligatorio tra Dogana e proprietario della merce (il cd. "rapporto doganale") e la destinazione al consumo, alla quale è "sospensivamente condizionato" il pagamento dell'imposta. Cfr. R. ALESSI, *Monopoli fiscali, imposte di fabbricazione, dazi doganali*, UTET, Torino, 1956, pp. 267 e ss.; V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE e C.C. OLIVA, *Manuale di diritto tributario* internazionale, op. cit., capitolo III; C.C. OLIVA, *Il presupposto di accise e dazi doganali tra diritto eurounitario e principi costituzionali*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2018, pp. 49-84.

[109] Per una più puntuale analisi delle previsioni del CDU relative alle ZFD si rinvia a E.M. MISZCZYSZYN, *Il Codice Doganale dell'Unione e le zone franche*, in R. LOUVIN (a cura di), *Flessibilità fiscale e zone franche. Profili giuridici e finanziari*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 87-105, e a B. SANTACROCE e E. SBANDI, *I regimi speciali nel nuovo Codice Doganale UE: prospettive di sviluppo e nuove chance degli operatori*, «L'IVA», 1, 2017, pp. 7-11.

ISSN 2036-7821

contrastare i fenomeni di esclusione sociale negli spazi urbani e favorire l'integrazione sociale e culturale delle popolazioni abitanti in circoscrizioni o quartieri delle città caratterizzati da degrado urbano e sociale, sono istituite, con le modalità di cui al comma 342, zone franche urbane con un numero di abitanti non superiore a 30.000» (comma 340). Nel comma 341 della norma citata è stabilito, inoltre, che le piccole e micro imprese, come individuate sulla base dei parametri vigenti in ambito UE (raccomandazione 20031 361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003), che inizino una nuova attività economica nelle ZFU, possono usufruire – per un periodo di tempo limitato e nel limite degli importi massimi individuati dalla legge o, in alcuni casi, anche da fonte normativa secondaria (decreto ministeriale) – di diverse agevolazioni aventi ad oggetto le imposte sui redditi, l'IRAP, l'imposta comunale sugli immobili e persino i contributi previdenziali sulle retribuzioni da lavoro dipendente.

Lo stesso si rileva con riferimento alle ZES. Anche in questo caso, infatti, fin dalla norma istitutiva delle stesse (il D.L. 20 giugno 2017, n. 91, convertito con modificazioni dalla L. 3 agosto 2017, n. 123) è stato previsto (cfr. art. 5, commi 1 e 2), a beneficio delle nuove imprese e di quelle già esistenti, che avviino un programma di attività economiche imprenditoriali o di investimenti di natura incrementale in una ZES, il riconoscimento di una serie eterogenea di agevolazioni:

1) procedure semplificate, individuate anche a mezzo di protocolli e convenzioni tra le amministrazioni locali e statali interessate, e regimi procedimentali speciali, con accelerazione dei termini procedimentali ed adempimenti semplificati;
2) accesso alle infrastrutture esistenti e previste nel Piano di sviluppo strategico della zona economica, nel rispetto della normativa europea e delle norme vigenti in materia di sicurezza, nonché delle disposizioni vigenti in materia di semplificazione previste dagli artt. 18 e 20 del D.Lgs. 4 agosto 2016, n. 169;
3) un credito d'imposta commisurato agli acquisti di beni strumentali effettuati nella ZES entro il 31 dicembre 2023, nel limite massimo, per ciascun progetto di investimento, di 100 milioni di euro.

Il fine di queste agevolazioni è quello «di favorire la creazione di condizioni favorevoli in termini economici, finanziari e amministrativi, che consentano lo sviluppo delle imprese già operanti, nonché l'insediamento di nuove imprese», nelle aree meno sviluppate del paese ed in transizione (art. 4, comma 1).

Le Zone Logistiche Semplificate (ZLS) sono, invece, aree che inizialmente non potevano godere delle agevolazioni fiscali previste per le ZES, ma solo di alcune delle altre agevolazioni per esse previste, non essendo configurabili come una ZES, in quanto ubicate nelle regioni "più sviluppate" del paese (cioè quelle il cui prodotto interno lordo pro capite è superiore al 90% di quello medio comunitario) secondo il

ISSN 2036-7821

diritto dell'Unione Europea, purché i territori ad esse assegnati fossero almeno in parte ammissibili alle deroghe sugli aiuti di Stato previste dall'art, 107 TFUE. La Legge n. 205/2017 (Legge di bilancio per il 2018), che le ha istituite e disciplinate (art. 1, commi da 61 a 65), ha stabilito, inoltre, che i porti che non possono beneficiare delle ZES previste dal D.L. 91/2017 potranno godere delle procedure semplificate previste dall'art. 5 (comma 1, lettera *a)*) di tale decreto. L'obiettivo era, dunque, quello di favorire la creazione di condizioni favorevoli allo sviluppo di nuovi investimenti nelle aree portuali delle Regioni in cui non si applicava il Decreto per il Mezzogiorno.

Si trattava, in altre parole, in un primo momento, di zone franche "a burocrazia zero", studiate appositamente per attrarre investimenti anche nelle regioni del Centro e del Nord del Paese: una sorta di "versione *light* delle ZES"[110], ovvero con le stesse semplificazioni fiscali e burocratiche, salvo il credito di imposta, che fra l'altro, era una misura già esistente e finanziata con i fondi strutturali europei e non con fondi ordinari nazionali.

La legge di Bilancio del 2020 (la legge 27 dicembre 2019, n. 160) ha poi modificato il regime delle ZLS introdotto con la legge di Bilancio 2018, stabilendo che le nuove imprese e quelle già esistenti che operano in una ZLS, oltre a fruire di alcune delle procedure semplificate di cui all'art. 5, co. 1, del D.L. 91/2017, quali:

1) la riduzione di un terzo dei termini per specifici procedimenti amministrativi, trascorsi i quali trova applicazione l'istituto del silenzio assenso;
2) la previsione di uno sportello unico disponibile in formato digitale e almeno in una lingua diversa dall'italiano;
3) l'istituzione di una Cabina di regia;
4) l'istituzione nelle zone in argomento di aree doganali intercluse che consentono di operare, per le merci importate o da esportare, in regime di sospensione d'imposta ai fini IVA;

potranno fruire in determinate condizioni (porto di importanza europea così come definito dal Regolamento TEN-T; aree ammissibili alle deroghe alla normativa che vieta gli aiuti di Stato) anche delle "agevolazioni" previste dall'art. 5, comma 2, del D.L. 91/2017 e cioè, in relazione agli investimenti effettuati, il riconoscimento del credito d'imposta di cui all'art. 1, commi 98 e seguenti, della L. 208/2015 (concesso a fronte dell'acquisto di beni strumentali destinate a strutture produttive ubicate al Sud).

Con la Legge di Bilancio 2020 (così come confermata dal Piano Sud 2030) si è dunque perfezionata:

1) l'estensione del credito di imposta ZES fino al 2022;

[110] V. ANIELLO e F. DE SANTIS, *Zone Economiche Speciali e zone logistiche semplificate. Elementi per una valutazione di impatto economico-sociale*, ricerca svolta su incarico del CNDCEC e della FNC, Roma, 5 maggio 2020.

ISSN 2036-7821

2) la nomina, per ogni ZES, di un Commissario Straordinario di Governo, che avrebbe dovuto garantire un indirizzo unitario ed un deciso cambio di passo nell'attuazione della misura;
3) l'istituzione, nei porti del Centro-Nord del Paese, delle ZLS "rafforzate", sostanzialmente equiparate alle preesistenti ZES.

6.2. Le principali teorie sulla compatibilità tra le misure previste e le norme costituzionali

Per far convivere le norme di vantaggio previste a favore delle ZFU e delle ZES con il rispetto dei principi costituzionali, nella dottrina che si è occupata in modo specifico di questo argomento, sono state elaborate diverse teorie. Il punto focale del ragionamento è ovviamente costituito, per ciascuna di esse, dal vincolo posto dal comma primo dell'art. 53 della Costituzione: «Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva». La logica seguita è tuttavia differente. Molto dipende, com'è facile intuire, dalla differente interpretazione giuridica degli enunciati contenuti in questa disposizione e di altre norme e principi costituzionali ad essi collegati[111].

Una prima teoria (che potremmo definire "teoria della capacità contributiva territoriale") vorrebbe individuare la ragione del trattamento differenziato previsto dal legislatore nella manifestazione di «una ridotta capacità contributiva proveniente dalle *caratteristiche intrinseche del territorio individuato*[112], nel senso di una capacità contributiva non effettiva, che denota una ricchezza inesistente»[113]. Il Supremo

[111] Sul punto si veda in particolare S. FIORENTINO, *Il diritto ai regimi di vantaggio: l'agevolazione fiscale*, op. cit., pp. 313 e 314, il quale sottolinea come il principio di capacità contributiva sia stato «interessato da una profonda evoluzione, che lo ha portato ben oltre l'iniziale caratterizzazione in termini di mera ed effettiva capacità economica, integrandolo sempre più con elementi di meritevolezza sociale (ad es. tributi ambientali), così da rendere molto meno nitido il tratto derogatorio (cd. scopo extrafiscale) delle norme di agevolazione rispetto a quello propriamente fiscale». Per una ricostruzione delle principali letture dei principi enunciati nell'art. 53 Cost., v. invece E. BERGONZINI, *I limiti costituzionali quantitativi dell'imposizione fiscale*, I e II, Jovene, Napoli, 2011; P. BORIA, *Capacità contributiva*, in *Commentario alla Costituzione Bifulco-Celotto-Olivetti*, sub art. 53, Torino, 2006; D. CANÈ, *Soggettività tributaria e giusta imposizione*, Giuffrè, Milano, 2022; G. FALSITTA, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la Costituzione repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2014; A. FEDELE, *La funzione fiscale e la "capacità contributiva" nella Costituzione italiana*, in L. PERRONE e C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007; S. FIORENTINO, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000; G. GAFFURI, *La nozione della capacità contributiva ed un essenziale confronto di idee*, Giuffrè, Milano, 2016; F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, Il Mulino, Bologna, 2007; ID., *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, «Rassegna Tributaria», 3, 2013, pp. 499-507; A. GIOVANNINI, *Capacità contributiva*, in *Enciclopedia Treccani*, Roma, 2013; F. MOSCHETTI, *"Interesse fiscale" e "Ragioni del fisco" nel prisma della capacità contributiva*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Gaspare Falsitta*, CEDAM, Padova, pp. 157-211; D. STEVANATO, *La giustificazione sociale dell'imposta. Tributi e determinabilità della ricchezza tra diritto e politica, Il Mulino*, Bologna, 2014.

[112] Il corsivo dell'autore.

[113] In tal senso, cfr. P. BARABINO, *Le zone franche nel diritto tributario*, op. cit., 2020, pp. 21-22, 35-41 e 142, il quale predilige questa prima teoria, ma specifica anche che le agevolazioni previste per le imprese che collocano la sede della propria attività all'interno di una ZFU possono trovare giustificazione anche per altra via. Per esempio, attraverso il ricorso al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 119, comma 4, della Costituzione oppure

ISSN 2036-7821

Giudice delle leggi ha chiarito, tuttavia, recentemente, che le misure sottrattive collegate ad un'assente o minore capacità contributiva del soggetto passivo, al pari di quelle coerenti con il presupposto del tributo cui ineriscono, non sono vere e proprie agevolazioni[114], ma trattamenti differenziati previsti «per finalità intrinseche al prelievo»[115].

Una seconda teoria vorrebbe invece individuare il fondamento giuridico delle predette agevolazioni non in una ridotta od assente attitudine alla contribuzione, ma in quella sorta di variabile esogena che è costituita dallo stato di degrado o sottosviluppo socio-economico del territorio prescelto per la concessione del trattamento fiscale di favore. Potrà giungersi, in tal caso, ad un giudizio di compatibilità con gli artt. 3 e 53, comma primo, della Costituzione solo se è confermata la sussistenza delle condizioni per cui possa ritenersi ragionevole la discriminazione operata tra soggetti che hanno conseguito lo stesso reddito/valore aggiunto prodotto e ciò anche attraverso una valutazione (una sorta di *test* di controllo della ragionevolezza delle misure agevolative) di efficacia delle misure introdotte al fine di stimolare gli investimenti e, attraverso di essi, lo sviluppo economico e sociale nei territori preferiti[116]. L'approccio indicato (che potremmo dunque definire "approccio della ragionevolezza-efficacia del trattamento fiscale di favore") rivela alcune incoerenze nella disciplina delle misure previste e lascia a coloro stessi che hanno deciso di avvalersene, una serie non indifferente di dubbi e perplessità. In particolare, ci si chiede:

1) se possa considerarsi ragionevole la scelta di trattare in modo diverso soggetti (imprenditori o professionisti) che operano nello stesso contesto urbano, ma in quartieri omogenei, o comunque molto simili per condizioni socio-economiche dei loro abitanti;
2) come si possa distinguere l'area "a degrado reversibile" (e cioè curabile con l'introduzione delle misure di favore) da quella "a degrado irreversibile" (ovvero incurabile), posto che la reversibilità della condizione di degrado dell'area prescelta è considerata presupposto per la concessione del trattamento agevolativo;
3) quale efficacia possano avere le agevolazioni fiscali previste sulle singole economie locali se la loro fruizione è ammessa nei limiti del regolamento *de*

---

mediante l'applicazione del criterio della cd. ragionevolezza, come suggerito più volte dal giudice delle leggi (Cfr., al riguardo, Corte Cost. sentenze nn. 272/1994, 73/1996 e 108/1993, in cui si afferma l'incensurabilità degli interventi normativi di carattere derogatorio risultati non palesemente irragionevoli).

[114] Si è parlato, in tal caso, di agevolazioni strutturali e/o di erosioni fiscali. Cfr. A. GUIDARA, *Agevolazioni fiscali*, in *Diritto on line Treccani*, op. cit., pp. 3 e 4.

[115] Cfr. Corte Cost. 23 giugno 2020, n. 120, pp. 8 e 9.

[116] Cfr. A. GIOVANARDI, *Sulla ragionevolezza delle agevolazioni fiscali collegate allo svolgimento dell'attività economica in un determinato territorio*, op. cit., pp. 64-75.

ISSN 2036-7821

minimis, riferito agli aiuti di piccola entità che possono essere concessi alle imprese senza violare le norme europee sulla concorrenza;

4) come sia possibile scongiurare il pericolo, più volte evidenziato in dottrina[117], che le risorse destinate a finanziare le agevolazioni previste siano intercettate da organizzazioni criminali di stampo mafioso o terroristico ed utilizzate per il compimento di reati e di altre attività illecite (riciclaggio, contrabbando, evasione fiscale).

Circa quest'ultimo punto, rincresce constatare che attualmente non sono previste adeguate misure di prevenzione e di contrasto dei tentativi di infiltrazione delinquenziale nelle ZES, in qualunque parte del territorio nazionale esse siano istituite e/o attivate. Ogni iniziativa è lasciata alla discrezionalità delle Prefetture territorialmente competenti e degli organi di governo delle ZES e solitamente consiste nella sottoscrizione, su iniziativa delle Regioni, di meri protocolli d'intesa tra le parti coinvolte (cfr. art. 9, primo comma, del sopra citato D.P.C.M. 12/2018)[118], che si impegnano ad assumere, nell'ambito delle rispettive competenze, ogni iniziativa utile a garantire la massima legalità e trasparenza nelle procedure di affidamento e di esecuzione delle opere ed autorizzazioni, migliorando l'interscambio informativo tra le PP.AA. interessate, anche attraverso l'eventuale interconnessione di banche dati volta ad assicurare la più efficace azione di vigilanza, controllo e monitoraggio e ad incrementare le misure di contrasto ai tentativi di infiltrazione mafiosa nell'economia legale.

Una terza teoria (che potremmo definire "teoria dell'interesse pubblico", o anche "del bene comune")[119], infine, richiamandosi alla giurisprudenza di legittimità più recente[120], attribuisce rilevanza al carattere extrafiscale delle agevolazioni (ovvero derogatorio rispetto alla finalità propria del tributo) e distingue tra quelle in cui la finalità extrafiscale perseguita dal legislatore appare riconducibile all'attuazione di altri principi costituzionali (quali, ad esempio, la tutela della famiglia, del diritto alla salute o lo sviluppo della previdenza) e quelle per le quali tale prospettiva teleologica non è individuabile, ma la finalità extrafiscale è comunque riconducibile a «motivi attinenti al bene comune».

---

[117] Cfr. G. BARONE e G. NARCISO, *Organized crime and business subsidies: Where does the money go?*, «Journal of Urban Economics», 86, 2015, pp. 98-110, P. BARABINO, *Le zone franche nel diritto tributario*, op. cit., p. 42 e A. GIOVANARDI, *Sulla ragionevolezza delle agevolazioni fiscali collegate allo svolgimento dell'attività economica in un determinato territorio*, op. cit., p. 74.

[118] Cfr., per esempio, *il Protocollo d'intesa per la legalità e la prevenzione dei tentativi di infiltrazione criminale nell'ambito della zona economica speciale della regione Abruzzo - Aree portuali di Ortona e di Vasto*, Chieti, 7 settembre 2022.

[119] D. STEVANATO, *La fiscalità di vantaggio nell'ordinamento tributario italiano: presupposti e limiti*, in R. LOUVIN (a cura di), *Flessibilità fiscale e zone franche. Profili giuridici e finanziari*, op. cit., pp. 77-86.

[120] Cfr. ancora Corte Cost. 23 giugno 2020, n. 120, pp. 8 e 9.

ISSN 2036-7821

Secondo questa interpretazione, non è necessario che l'agevolazione risponda ad un interesse costituzionalmente rilevante. Potrebbe anche trattarsi di interessi il cui perseguimento trova conferma in importanti disposizioni normative di rango primario (atti formalmente e sostanzialmente normativi, es. leggi dello Stato, leggi regionali, decreti-legge, decreti legislativi), che tuttavia non hanno rilevanza costituzionale. Se infatti la finalità extrafiscale da esse perseguita fosse riconducibile ad un interesse pubblico o comune all'intera collettività nazionale, od anche ad una parte rilevante di essa, non si potrà affermare che l'agevolazione prevista dal legislatore presenti le caratteristiche del mero privilegio e sarebbe opportuno raccomandarne l'istituzione nelle aree più dinamiche e sviluppate del Paese, piuttosto che in quelle più degradate o sottosviluppate, per la maggiore produttività che tali aree sono in grado di garantire ai nuovi investimenti in esse effettuati. In tale prospettiva risulterebbe legittima non soltanto la *ratio* delle ZFU e delle ZES istituite e/o attivate nelle regioni meno sviluppate, ma anche quella che ha ispirato più di recente la creazione delle ZLS nelle Regioni del Centro e del Nord dell'Italia[121].

La preferenza accordata alle aree più dinamiche e sviluppate presuppone, tuttavia, ad avviso di chi scrive, la particolare convinzione che le ricadute positive del regime di vantaggio riconosciuto dal legislatore si estendano anche ad altre aree del Paese, ed *in primis* alle aree meno sviluppate o svantaggiate del Mezzogiorno. La propagazione degli effetti positivi indotti dalle misure agevolative potrebbe realizzarsi, infatti, attraverso il funzionamento del mercato (in virtù delle variazioni dei prezzi degli *input* produttivi utilizzati da imprese che operano in un'area territoriale meno sviluppata o svantaggiata, determinate da una variazione dell'*output* di un'impresa che opera in un'area più ricca e sviluppata[122]), oppure attraverso il meccanismo della perequazione fiscale, attraverso il quale le aree generatrici di maggior reddito sono chiamate – ex art. 119, comma terzo, della Costituzione – a compensare i differenziali più evidenti, in termini di capacità fiscale pro capite, tra i territori del Paese.

A rifletterci bene, tale ipotesi non è peregrina. Vi è una forte interdipendenza economica tra i territori del Mezzogiorno e quelli del Centro-Nord del Paese. Le

[121] Così D. STEVANATO, *La fiscalità di vantaggio nell'ordinamento tributario italiano: presupposti e limiti,* in R. LOUVIN (a cura di), *Flessibilità fiscale e zone franche. Profili giuridici e finanziari*, op. cit., p. 84.

[122] Si tratta del fenomeno delle "esternalità pecuniarie", che per lungo tempo ha dato luogo ad accesi dibattiti tra gli economisti pubblici, divisi tra coloro che consideravano una mera "stravaganza" ricorrere in questi casi alla nozione di esternalità, e quindi all'intervento pubblico, e coloro che invece ritenevano gli effetti positivi dell'insediamento – eventualmente ottenuti attraverso incentivi od agevolazioni – come lo strumento di policy più efficace per indurre lo sviluppo in aree sottosviluppate o svantaggiate. Per approfondimenti, cfr. R. CHANDRA e R. SANDILANDS, *The role of pecuniary external economies and economies of scale in the theory of increasing returns*, «Review of Political Economy», 18(02), 2006, pp. 193-208; A. CICCONE e K. MATSUYAMA, *Start-up costs and pecuniary externalities as barriers to economic development*, «Journal of Development Economics», 49(1), 1996, pp. 33-59; J.-J. LAFFONT, *Externalities*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2nd Edition, 2008; F. PICA, *Economia pubblica*, UTET, Torino, 1987, pp. 158 e 159.

ISSN 2036-7821

principali filiere dell'Italia meridionale assumono, infatti, un'enorme rilevanza per l'economia nazionale[123]. Sarebbero necessarie, tuttavia, ulteriori condizioni affinché gli effetti indotti dalle agevolazioni concesse alle imprese operanti nelle aree più ricche e sviluppate del Paese possano trasmettersi anche agli operatori economici che svolgono la loro attività nelle aree meno sviluppate o svantaggiate[124].

Il meccanismo della perequazione, inoltre, dovrebbe effettivamente servire a dotare tutte le comunità di un quantitativo di risorse sufficiente all'espletamento delle funzioni fondamentali, qualora il sistema tributario si dimostri (come accade nel caso italiano) incapace di farlo, e dovrebbe assicurare l'uniformità dei servizi di base su tutto il territorio nazionale, non solo nelle aree più ricche e sviluppate del Paese[125]. Invece, come risulta anche dalle più recenti indagini sullo stato di attuazione del federalismo fiscale in Italia[126], il sistema perequativo correntemente applicato non

[123] Cfr. M. DE ANDREIS (a cura di), *L'interdipendenza economica e produttiva. tra il Mezzogiorno e il Nord Italia. Un Paese più unito di quanto sembri*, SRM-PROMETEIA, Giannini, Napoli, 2014.

[124] Innanzitutto, è necessario che la variazione della domanda da cui originano le variazioni dei prezzi e dei redditi indotte dalle misure agevolative abbiano una consistente dimensione. Cfr. E. SANTOS e S. KHAN, *Determinant Factors of Pecuniary Externalities*, «The International Journal of Business & Management», 6(8), 2018, pp. 180-198.

[125] I trasferimenti perequativi hanno notoriamente l'obiettivo di integrare le entrate autonome degli Enti locali e di ridurre od eliminare gli effetti negativi che un maggior grado di autonomia finanziaria degli Enti locali può determinare. Sul punto, per quanto concerne gli aspetti economici, cfr. G. ARACHI e A. ZANARDI, *La perequazione delle Regioni e degli Enti locali*, in M.C. Guerra e A. Zanardi (a cura di), *La finanza pubblica italiana. Rapporto 2009*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 149; F. PICA, *Il federalismo fiscale: "schede tecniche" e "parole chiave"*, Quaderno Svimez n. 21, Failli, Roma, 2009, pp. 102-110; G. STORNAIUOLO, *La solidarietà interregionale e il federalismo fiscale*, «Rivista economica del Mezzogiorno», a. XXIII, n. 3, 2009, pp. 399-423; D. FAUSTO, *La perequazione nell'attuazione dell'art. 119 della Costituzione*, in «Rivista economica del Mezzogiorno», 2008, a. XXII, n. 1, pp. 59-81. Per una analisi degli obiettivi della perequazione da un punto di vista giuridico, v. invece F. COVINO, *La perequazione finanziaria nella Costituzione*, Jovene, Napoli, 2008; E. CORALI, *Federalismo fiscale e Costituzione. Essere e dover essere in tema di autonomia di entrata e di spesa di Regioni ed Enti locali*, Giuffrè, Milano, 2010; C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 30-34; S. MANGIAMELI, *Regionalismo ed eguaglianza*, «Italian Papers on Federalism, Rivista giuridica on-line – ISSiRFA-CNR», 1, 2019.

[126] A tale riguardo, mi sia concesso rinviare a S. VILLANI, *Le incertezze della ripresa, il Mezzogiorno e la finanza pubblica italiana. Tra questioni irrisolte e riforme incompiute*, «Istituzioni Diritto Economia - Quaderni di scienze sociali», 3, settembre 2017, pp. 185-226. Per approfondimenti circa la struttura del sistema perequativo attualmente applicato in Italia, cfr. tuttavia anche E. MARCHIONNI, C. POLLASTRI e A. ZANARDI, *Fabbisogni standard e capacità fiscali nel sistema perequativo dei Comuni*, UPB Nota di lavoro n. 1, Ufficio parlamentare di bilancio, Roma, gennaio 2017; C. BRUGNANO, G. FERRAINA, F. RUSSO, L. MINZYUK E A. FERRI, *Federalismo municipale e nuovo sistema perequativo: il Fondo di solidarietà comunale 2016*, «Economia pubblica», 44(2), 2017, pp. 93-133; ANCI, *L'attuale distribuzione delle risorse nella fiscalità locale, gli effetti sul sistema perequativo e le prospettive di modifica*, testo dell'audizione svoltasi presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, Roma, 12 gennaio 2017; A. TADDEI e L. GANDULLIA, Il fondo di solidarietà 2017 : effetti e sostenibilità per i comuni italiani, «Economia pubblica», 45(2/3), 2018, pp. 53-77; A. BAFFA, *Il nuovo sistema di finanziamento e perequazione per le funzioni non essenziali delle regioni italiane: una simulazione degli effetti redistributivi*, «Economia pubblica», 46(3), 2019, pp. 7-40; ANCI, *Assetto finanza territoriale e linee di sviluppo del federalismo fiscale*, Audizione innanzi alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale, Roma, 7 luglio 2022, pp. 8-10. Le conclusioni contenute nel testo di quest'ultima audizione sull'efficacia e sulla legittimità costituzionale del sistema di perequazione sono molto nette: «Appare evidente che nei prossimi anni il sistema perequativo dovrà

ISSN 2036-7821

appare per nulla adeguato a ridurre le attuali sperequazioni territoriali nelle capacità di produzione del reddito e nella fornitura dei servizi pubblici, né può ritenersi idoneo ad incentivare la convergenza verso *standard* di prestazione maggiormente uniformi sul territorio. È difficile pensare, pertanto, che attraverso di esso possano trasmettersi a tutto il Paese le eventuali ricadute positive indotte dalle agevolazioni concesse alle ZLS del Centro-Nord.

7. Conclusioni

I risultati dell'analisi hanno messo in luce come la repressione internazionale del segreto bancario e dell'evasione fiscale abbiano portato, paradossalmente, all'instaurazione di un legame sempre più forte tra le diverse forme di detenzione della ricchezza a livello mondiale e le zone economiche speciali. Tale legame ha generato, infatti, come è stato illustrato nei paragrafi che precedono, un innovativo modello di *business* ed un avanzatissimo strumento di occultamento della ricchezza, capace di attrarre le persone più ricche, ma anche le organizzazioni criminali e terroristiche di tutto il mondo.

L'Unione europea, per questa ragione, considerato il contesto legale ed i rischi derivanti dall'utilizzo a fini illeciti dei porti franchi, dei depositi doganali e di altre tipologie di ZES, ha dichiarato di volere pervenire gradualmente alla loro totale eliminazione[127]. Tutte le misure messe in atto finora non sembrano, tuttavia, essere in grado di minacciare l'espansione del collaudatissimo modello dei *Luxury Freeports*, che invece continuano a prosperare e a diffondersi in tutto il mondo. Come si è avuto modo di spiegare (cfr. § 4), sarebbe forse necessario introdurre ulteriori misure, volte innanzitutto a migliorare l'efficacia della normativa europea antiriciclaggio e, poi, obbligare gli operatori dei porti franchi a fornire maggiori informazioni sulla loro clientela, così da garantire un effettivo funzionamento della cooperazione amministrativa. Le probabilità di scambio delle informazioni tra autorità fiscali restano infatti ancora oggi troppo basse, anche dopo l'entrata in vigore della DAC 5 e della V direttiva antiriciclaggio.

---

trovare un assestamento più convergente sui due cardini costituzionali essenziali: quello del citato articolo 119 Cost, comma 4, riguardante il fondo perequativo generale e senza vincolo di destinazione, necessariamente finanziato dallo Stato, e il comma 6 dello stesso articolo che prevede "interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni", in questo caso esplicitamente finalizzati allo "sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni", cui destinare apposite risorse aggiuntive e vincolate».

[127] Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Relazione sui reati finanziari, l'evasione fiscale e l'elusione fiscale. Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2019 sui reati finanziari, l'evasione fiscale e l'elusione fiscale (2018/2121(INI))*, Bruxelles, 26 marzo 2019; CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Decisione (UE) 2021/799 del Consiglio del 16 settembre 2019 sulla posizione da adottare a nome dell'Unione europea in sede di comitato sulla governance pubblica dell'OCSE e nel Consiglio dell'OCSE riguardo al progetto di raccomandazione sul contrasto del commercio illecito: rafforzare la trasparenza nelle zone franche*, Bruxelles, 19 maggio 2021, ST/11253/2019/INIT.

ISSN 2036-7821

Esiste, insomma, il rischio concreto che questo innovativo modello di intervento pubblico, se non disciplinato adeguatamente, continui ad essere strumentalizzato a fini di evasione fiscale, di riciclaggio e per il compimento di molte altre attività illecite, come il contrabbando e le frodi doganali, che fin dai tempi più antichi costituiscono – come abbiamo mostrato (cfr. par. 5.3) – una pratica diffusa negli stabilimenti dei porti franchi e delle zone economiche speciali.

La rapida diffusione a livello globale dei porti franchi del lusso ha evidenziato, inoltre, come un sistema decentralizzato, ed in gran parte non regolamentato, di accumulazione e protezione di beni di lusso o di valore, favorito dalle dinamiche endogene al mercato di riferimento (mercato dell'arte e dei beni di lusso) e dalle lacune della normativa internazionale di contrasto all'evasione fiscale, possa trasformarsi un una nuova forma di società *offshore* o di paradiso fiscale, capace di trasformare la ricchezza (da finanziaria a non, o quasi) o di renderla invisibile per rispondere alle esigenze dei più ricchi e delle organizzazioni criminali e terroristiche.

Se gli Stati nazione, come appare evidente, hanno intenzione di servirsi ancora a lungo di questo strumento, che difficilmente potrà essere eliminato o soppresso in ambito UE, come auspicato dal Parlamento europeo, sarebbe forse opportuno, innanzitutto, che il legislatore europeo aumentasse il livello di coinvolgimento delle dogane e delle autorità fiscali nazionali (attualmente insufficiente: cfr. par. 3.2) nella fase di istituzione delle zone franche, nonché in quella successiva di rilascio delle autorizzazioni e degli speciali permessi ad operare all'interno delle stesse.

In secondo luogo, sarebbe poi opportuno prevedere, nella normativa europea antiriciclaggio (la sopra citata 5AMLD: cfr. par. 4), un ulteriore ampliamento delle possibilità di scambio automatico delle informazioni tra le autorità fiscali, estendere cioè gli obblighi antiriciclaggio anche ai porti franchi e, in generale, alle zone economiche speciali. Ricordiamo, infatti, che gli operatori dei porti franchi non sono istituzioni finanziarie e dunque, in quanto tali, non sono obbligati a fornire informazioni sulla loro clientela. Pertanto, è molto probabile – come abbiamo in precedenza mostrato (cfr. par. 4) – che il suddetto scambio di informazioni resti in concreto molto limitato. Occorre tuttavia ricordare che il diritto unionale investe (e vincola) soltanto gli Stati membri dell'UE, con la conseguenza che nei confronti di altri Stati, ad esempio la Svizzera, la direttiva non esplica i propri effetti. L'attività dei porti franchi in Svizzera non risulta infatti, come si è mostrato (cfr. par. 3.1), efficacemente coperta dalla legislazione antiriciclaggio. La legge federale del 1997 relativa alla lotta contro il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo, anche dopo le modifiche apportate nel 2014 (al fine di dare attuazione alle Raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria rivedute nel 2012, in vigore dal 1° gen. 2016), minacciano di punire non solo le organizzazioni criminali e terroristiche, ma anche quegli operatori che svolgono la loro attività in modo legittimo, allontanandoli dai

ISSN 2036-7821

mercati regolamentati e dirottandoli verso mercati concorrenti non regolamentati o assoggettati ad un minor numero di vincoli normativi.

Infine, per quanto concerne la disciplina delle ZES introdotta nel nostro paese, è consigliabile l'introduzione di più adeguate misure di prevenzione e contrasto dei tentativi di infiltrazione delle mafie nell'economia legale. Lo stesso sistema dei protocolli d'intesa stipulati, su iniziativa delle Regioni, tra le parti coinvolte (ovvero le Prefetture territorialmente competenti e gli organi di governo delle ZES), previsto dall'art. 9 del D.P.C.M. 12/2018, presenta diverse incoerenze e criticità, che restano al momento ancora irrisolte[128]. Esso andrebbe, pertanto, attentamente monitorato e rivisto in senso migliorativo, insieme all'intera materia delle misure anticorruzione.

Nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza sono state allocate somme ingenti (630 milioni di euro) per effettuare investimenti infrastrutturali diretti ad assicurare uno sviluppo adeguato dei collegamenti delle aree ZES con la rete nazionale dei trasporti, in particolare con le reti Trans Europee (TEN-T). Queste risorse, assieme agli ulteriori 1,2 miliardi di euro che il PNRR riserva ad interventi da eseguire nei principali porti del Mezzogiorno, possono rappresentare, se non un sicuro bottino, almeno una ghiotta opportunità di *business* per le organizzazioni criminali. Da questo momento in poi sarà decisiva non solo la capacità di procedere tempestivamente all'assegnazione e alla realizzazione dei lavori oggetto degli interventi previsti, ma soprattutto la capacità di prevenire le ingerenze indebite nelle procedure di affidamento e di esecuzione delle opere programmate. Vi è il rischio, altrimenti, di favorire l'infiltrazione ed il radicamento delle mafie e, così facendo, di alimentare quel circolo vizioso che troppo spesso si viene ad instaurare, specialmente nelle zone più arretrate od in transizione, tra crimine, insicurezza e depauperamento del

[128] I protocolli di legalità sono attualmente utilizzati per contrastare il fenomeno della corruzione nel settore degli appalti pubblici e per garantire trasparenza nei processi pubblici decisionali. Accanto al sistema normativo di contrasto alla corruzione e al crimine organizzato si pone, infatti, il c.d. "sistema pattizio delle misure antimafia", espresso proprio dalla prassi dei protocolli di legalità (Cfr. G. AMARELLI e S.S. DAMIANI, *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019) che, il Ministero dell'Interno definisce come accordi stipulati fra i soggetti coinvolti nella gestione dell'opera pubblica (Prefettura, Stazione appaltante, Contraente Generale), finalizzati ad osteggiare le infiltrazioni mafiose che, in maniera diretta o indiretta, attraverso imprese e società controllate, condizionano le attività economiche e finanziarie nei settori pubblici. Tale istituto è stato formalmente riconosciuto nel 2012 (cfr. art. 1, comma 17, della legge 6 novembre 2012, n. 190, la c.d. Legge Anticorruzione), ma negli anni, assieme ad altre misure di contrasto all'illegalità e alla corruzione nella pubblica amministrazione, ha evidenziato, diverse incoerenze e criticità, non ultima quella relativa alla sua stessa qualificazione giuridica (questione su cui si è aperto, recentemente, un contrasto giurisprudenziale che ha coinvolto anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea: cfr. C.G.U.E, 22 ottobre 2015, C-425/ 14, punto 29). Si è in attesa, pertanto, che il legislatore vi ritorni per chiarire le questioni controverse e per rivedere in senso migliorativo l'intera materia delle misure anticorruzione. Per ulteriori approfondimenti al riguardo, si vedano comunque D. CAPOTORTO, *Uso e abuso dei protocolli di legalità nella prassi amministrativa e nella regolazione*, «GiustAmm.it», 12, 2021; S.M. SISTO, *I protocolli di legalità e la lotta alla mafia e alla corruzione negli appalti pubblici*, «Amministrazione in cammino», 28 giugno 2019; R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2020; L. SCOMPARIN, *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, Giappichelli, Torino, 2017.

ISSN 2036-7821

territorio e ciò, invece di ridurre gli squilibri esistenti, finirebbe alla fine per ampliarli.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sull'applicabilità del rito sul silenzio in tema di accesso civico generalizzato. Prospettive di estensione dei poteri istruttori del giudice per una tutela effettiva

di Bruno Mercurio

(Ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università di Napoli "L'Orientale")

Summary

1. Funzione giurisdizionale ed effettività della tutela in generale e nell'ipotesi di mancato esercizio del potere in materia di accesso civico e accesso civico generalizzato. Premessa allo studio e individuazione del tema di indagine. – 2. L'azione avverso il silenzio nella evoluzione dell'istituto processuale. La problematica definizione della natura e dei limiti del sindacato di cognizione giurisdizionale sull'obbligo di provvedere e sulla fondatezza dell'istanza; fra timide accelerazioni e brusche frenate. – 3. I poteri istruttori del giudie nell'attuale disciplina codicistica e i profili di incertezza sull'effettività della tutela assicurabile. – 4. La posizione giuridica tutelata nell'azione verso il mancato esercizio del potere nel conflitto fra giurisdizioni. Un interesse legittimo rafforzato? – 5. Obbligo di provvedere e tutela della pretesa in sede processuale; si intravede qualche spiraglio. – 6. La disciplina dell'accesso come paradigma della trasformazione del dialogo fra cittadino e amministrazione nell' evoluzione del principio di trasparenza. L'imprescindibile mediazione del potere come tratto unificante e elemento caratteristico del rapporto. – 7. Segue. L'accesso civico generalizzato; profili di ambiguità nella disciplina che ne limitano l'effettività e ruolo del giudice amministrativo - 8. Tratti distintivi dei tre tipi di accesso e natura peculiare della posizione giuridica soggettiva ad essi sottesa. – 9. Il dibattito sull'azione processuale nei confronti del silenzio in materia di accesso generalizzato. La maggiore rispondenza dell'art. 117 c.p.a. a tutelare, entro i limiti del possibile. – 10. Conclusioni. Ai confini della realtà: alcune proposte per rendere più incisivo il ruolo del giudice nell'azione ex art. 117 c.p.a..

Abstract

The social relevance of the public administration's obligation to provide expressly is particularly significant in institutions of access to documents, data and information of the public administration.
These institutes have evolved and have achieved, with the latest tool of generalized access, the consistency of democratic supervision of the principle of transparency which presupposes a continuous comparison and an almost osmotic and circular exchange of information between public and private and, therefore, the duty of the administration to respond promptly and expressly to the related requests. In doctrine and jurisprudence, the problem has arisen on the ritual to be carried out, or whether the illegitimacy of the administration's inaction is to be asserted with an appeal against silence, pursuant to articles 117 and 31, paragraph 3 of the c.p.a., or with the access ritual, governed by art. 116 c.p.a., which the law, however, explicitly provides only for the express provisions. Starting from the discipline of silence and the remedies against the silence of the administration, from which to isolate some elements useful for the investigation, the debate that has strongly characterized this matter in relation to civic access and has seen the orientation of apply the ritual of silence rather than that of access to the case in question, to try to provide, in the conclusions, food for thought for future interventions by the legislator aimed at ensuring the best possible protection.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Funzione giurisdizionale ed effettività della tutela in generale e nell'ipotesi di mancato esercizio del potere in materia di accesso civico e accesso civico generalizzato. Premessa allo studio e individuazione del tema di indagine.

Una peculiarità della giurisdizione amministrativa è costituita dal suo oggetto che l'art. 7 comma 1 del codice del processo amministrativo[1] individua nell'esercizio o nel mancato esercizio del potere amministrativo e dunque, in qualcosa di naturalmente dinamico che va affrontato dal giudice in chiave prospettica, con la consapevolezza, cioè, che la decisone che egli assumerà non andrà solo a dirimere controversie o ad accertare responsabilità relative ad atti o fatti riconducibili a volontà già manifestate (come accade prevalentemente nel processo ordinario di tipo civile e penale), ma potrà condizionare manifestazioni di volontà future, incidendo sull'esercizio della funzione amministrativa, attraverso l'effetto conformativo e nei limitati casi in cui la giurisdizione è estesa al merito, di quello sostitutivo.

In questo senso, il giudice amministrativo, pur nel rispetto dei limiti costituzionali dettati dal principio di separazione dei poteri, in qualche modo, contribuisce alla qualità dell'azione amministrativa[2].

Ciò è particolarmente evidente nelle ipotesi di inerzia dell'amministrazione, come quella che sarà presa in considerazione in questo saggio, del silenzio sulle istanze di accesso civico generalizzato, in cui l'intervento del giudice appare determinante per garantire un diritto di nuova generazione, preordinato a dare piena attuazione a principi generali dell'azione amministrativa, quali quelli di trasparenza e di pubblicità, fondamentali per il raggiungimento degli obiettivi costituzionali di buon andamento e imparzialità sanciti dall'art. 97 cost., a beneficio dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Dalla qualificazione della azione esperibile nel caso di mancato riscontro alle istanze di accesso civico, infatti, dipende un più o meno penetrante potere di intervento del giudice sull'amministrazione e, quindi, una diversa incidenza della funzione giurisdizionale sulla effettività della tutela assicurata al diritto, riconosciuto agli amministrati, di conoscere l'attività dell'amministrazione, non solo per tutelare propri interessi, ma anche per esercitare su di essa un controllo diffuso e per favorire una partecipazione attiva alla vita pubblica.

In questo senso, l'articolo 1 del codice del processo amministrativo, individuando proprio nella effettività della tutela il fine cui deve tendere la giurisdizione amministrativa, ne canonizza il passaggio da una cognizione di tipo oggettivo, incentrata sulla verifica di legalità dell'azione amministrativa, a una di tipo

[1] Introdotto, come noto, dal decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

[2] Sul delicato rapporto fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale e il loro reciproco atteggiarsi per l'ordinamento e nell'ordinamento si segnala, di recente, P. CERBO; G. D'ANGELO, S. SPUNTARELLI, Introduzione, *Amministrare e giudicare: trasformazioni ordinamentali*, Napoli 2022. In particolare. l'Introduzione pp. 5- 11.

ISSN 2036-7821

soggettivo, in cui il giudice può assicurare pienezza ed effettività di tutela, pronunciandosi anche sulla congruità della pretesa al bene della vita a cui il cittadino ambisce[3].

Invero, tale ruolo, già assegnato, secondo parte della dottrina, al giudice terzo e imparziale dagli artt. 24 e 113 della costituzione[4] e come vedremo, ampiamente anticipato da certa giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha ricevuto una spinta propulsiva dai principi dettati dalle fonti del diritto europeo[5] e dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo[6] che costituiscono, oggi, nel nostro sistema giuridico,

[3] Una lettura in senso sostanziale del principio di effettività è già presente negli scritti dei maestri degli anni '70. M.S. GIANNINI. A. PIRAS nella "*Voce giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in Enc, Dir, Vol. 19, Milano, 1970, evidenziano che l'ampiezza dell'oggetto del processo amministrativo è strettamente collegata alla definizione della struttura dell'accertamento giurisdizionale in relazione alle posizioni giuridiche soggettive a base dell'aspettativa del privato. M. NIGRO, in *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza, in* AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza*, Milano 1983, pone l'accento sui profili conformativi del potere del giudicato, così anticipando il passaggio dalla giurisdizione di accertamento a quella di adempimento – condanna.

[4] Per un approfondimento, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2021, Torino, p. 219; A. POLICE, *Commento all'art. 24 Commento all'art. 24 Cost*. in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario della Costituzione della Repubblica Italiana* (a cura di), Torino, 2006, vol.I, p. 501 ss.: in cui viene evidenziato che "Il precetto dell'art. 24, 1° co., Cost. non si limita ad assicurare l'accesso ad un giudice ma garantisce la 'effettività' della tutela, eliminando 'qualsiasi limitazione che ne renda impossibile o difficile l'esercizio da parte di uno qualunque degli interessati' assicurando in tal modo un 'giusto processo secondo il più noto dei significati spettanti alla formula statunitense del due process of law"; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in Dir.proc. Amm., 2017, p. 100 e ss.

[5] Ci si riferisce, principalmente, ai Trattati Europei e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cui il Trattato di Lisbona, riconosce la stessa dignità e valore giuridico dei Trattati. La Carta dei diritti, in particolare, sulla scorta di quanto già previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, stabilisce, all'art. 47, rubricato "diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", che "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge".

[6]. Sui profili generali relativi alla influenza comunitaria sull'esigenza di certezza giuridica per i singoli di conoscere la pienezza dei loro diritti e di avvalersene, quando occorra, dinanzi ai giudici nazionali M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo* in *Federalismi*, n. 20/2007. Per i profili generali, R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale* (*italiana, sotto l'influenza comunitaria),* in M.P. CHITI e R. GRECO (a cura di), Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano, Giuffrè, 2007. Per una ricostruzione comparata di posizioni giuridiche assimilabili all'interesse legittimo in ambito europeo P. BIVIATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2006, 19. Di "diritto riflesso" a proposito della posizione del privato rispetto all'esercizio del potere nel diritto tedesco, parla G.B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo,* Padova, Cedam, 2000, 162 ss.

Dalle pronunce della Corte Costituzionale 31 ottobre 2007, n. 348 e 349, la Convenzione europea ha assunto enorme rilievo, perché, in quelle occasioni è stato affermato che la sua violazione configura una violazione dell'art. 117 della Costituzione, che impone di rispettare *"i vincoli derivanti… dagli obblighi internazionali"* sia al legislatore nazionale che regionale. L'art. 47 della Carta trova un corrispondente nell'art. 6 CEDU, rubricato "diritto ad un equo processo", il quale, per ciò che qui è di interesse, dispone che "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile". Sull'art. 106 CEDU: C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'"altro" diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra,* Napoli 2007; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo,* Napoli, 2012. Sul rapporto fra ordinamento sovranazionale ed ordinamento

ISSN 2036-7821

fonti di integrazione contenutistica e supporto interpretativo a garanzia del giusto processo, a seguito delle modifiche all'art. 111 Cost. apportate dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2[7].

Del resto, nell'ordinamento interno, il fondamento costituzionale del principio di effettività, sotto il profilo sostanziale, si rinviene nel già richiamato art. 97, costituendo corollario del principio di buon andamento che il privato ottenga effettivamente quanto è nel suo legittimo interesse[8].

Il codice ha costituito, dunque, l'occasione per recepire, sistematizzandole, le eterogenee indicazioni di cambiamento del processo amministrativo, da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto.

L'obbligo imposto al giudice amministrativo di garantire una tutela giurisdizionale piena comporta, infatti, la necessità di approntare azioni e mezzi processuali che assicurino a chi vi fa ricorso, una protezione effettiva, "cioè capace di tradursi sul piano pratico nella soddisfazione sostanziale degli interessi che delle situazioni protette costituiscono, appunto, il substrato"[9].

Ciò a prescindere che si verta in materia di giurisdizione esclusiva o nel più generale ambito del giudizio di legittimità[10], dovendosi ritenere oramai piena la protezione assicurata alla posizione giuridica di chi, rapportandosi con l'esercizio di una funzione pubblica, si trovi a "dialogare" col potere[11] .

---

interno e sul ruolo della Costituzione F. CORTESE, Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo, in Dir. Amm, 2020. P. 329 e ss.

[7] G. MARI, *giudice amministrativo ed effettività della tutela, Editoriale Scientifica*, 2013. La formulazione dall'art. 1 c.p.a., a tenore del quale il giudice amministrativo deve assicurare "una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo", produce un effetto uniformatore tra le fonti interne ed esterne della situazione giuridica azionata. Così, F. DE LUCA, Art. 1, in F. CARINGELLA, M. PROTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2012.

[8] Il principio è stato mirabilmente sintetizzato dal Chiovenda già a metà degli anni '60, nella nota massima secondo cui "il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto a conseguire", in G. CHIOVENDA, *principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. … Il principio di effettività, a livello europeo, è inteso, invece, in maniera sensibilmente differente, rispetto a quanto avviene in ambito nazionale, perché si preoccupa di evitare che posizioni giuridiche soggettive di rilievo comunitario possano trovare ostacoli o difficoltà di natura processuale negli ordinamenti degli stati membri. Sul tema, M. SANTISE, *coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, 2021.

[9] V. CERULLI IRELLI, *giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo), in Diritto Processuale Amministrativo*, 2012, p. 436 e ss.

[10] In questo senso R. VILLATA, *Spigolature stravaganti sul nuovo codice del processo amministrativo* ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p.115 e ss.

[11] La felice espressione di Franco Gaetano Scoca che definendo l' interesse legittimo come la posizione di coloro che <<dialogano con il potere>> ne evidenzia l'evoluzione in dottrina (anche nel suo stesso pensiero) e nell' ordinamento da posizione strumentale all'azione, in cui la massima soddisfazione cui era possibile aspirare era quella all'adozione del provvedimento, a posizione strumentale all'interesse finale in cui la tutela viene orientata a garantire l'interesse primario di chi adisce la giustizia ossia l'ottenimento del bene della vita per cui si è proposta una istanza all'amministrazione o ci si oppone alle sue determinazioni. Sul punto, fra i molti scritti del maestro si rinvia ai più recenti nei quali la descritta evoluzione viene richiamata F. G. SCOCA. *Le situazioni giuridiche nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. Amm*, 2014, p. 456. Più di recente, ID. *Il processo*

ISSN 2036-7821

Così, il tema dell'effettività della tutela nel processo amministrativo si lega al principio di pluralità delle azioni, sancito dal nuovo codice, che supera la tradizionale limitazione dell'interesse ad agire al solo modello impugnatorio.
Oltre all'azione di annullamento, il codice vigente ammette, infatti, l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna volte a soddisfare la pretesa del ricorrente, col solo limite della non sostituibilità di attività discrezionali riservate all'amministrazione[12].
Si assiste, dunque, ad un radicale cambio di prospettiva in quanto dai poteri del giudice il baricentro si sposta "sull'esigenza di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive devolute al giudice amministrativo, attraverso azioni "modellate sulla situazione sostanziale fatta valere e strumentali rispetto ai bisogni di tutela posti dal cittadino"[13].
La stessa azione demolitoria viene adeguata alle esigenze di effettività, affermandosi, ad esempio, il principio per cui l'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha una portata assoluta, potendo il giudice amministrativo stabilire che l'annullamento di un atto abbia effetto *ex nunc* o che l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'amministrazione modifichi o sostituisca l'atto impugnato, quando ciò soddisfi meglio l'esigenza di tutela fatta valere in relazione all'interesse pubblico ad essa sotteso, in applicazione dei principi di giustizia sostanziale, di effettività e proporzionalità della tutela giudiziaria[14].
Tale approccio si è fatto ancora più evidente con il secondo correttivo al codice del processo amministrativo, introdotto dal d.lgs. n. 160/2012 con cui, accogliendo le istanze di quella dottrina che da tempo invocava un rimedio più penetrante per la

---

amministrativo ieri, oggi e domani brevi considerazioni), in Dir. Proc. Amm.,2020, p. 195 e ss. in cu bene si evidenzia la centralità assunta nella prospettiva del nuovo codice della soddisfazione della pretesa sostanziale del ricorrente. In una recente ricostruzione del dibattito sulle posizioni giuridiche soggettive (A. CABONE, *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. una proposta di confronto* in PA Persona e Amministrazione), l'autore definisce la situazione giuridica del privato, che si pone in rapporto con la situazione di potere dell'Amministrazione, <<quale situazione procedurale a rilievo sostanziale, che si caratterizza, in ragione della connotazione che riveste sotto un profilo normativo, quale pretesa all'utilità finale; quale pretesa, cioè, a seconda dei casi, alla produzione dell'effetto ovvero alla non produzione dell'effetto che al potere fa riferimento>> pp. 498 e ss.

[12] "Ne consegue la trasformazione del giudizio amministrativo, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata" Consiglio di Stato, Ad. Plen.,23 marzo 2011, n. 3.

[13] G. SORICELLI, *il processo amministrativo ovvero il problema del complesso equilibrio tra il potere dell'amministrazione e la tutela del privato, in Gazzetta Amministrativa*, n. 1, 2018.

[14] Nella sentenza n. 2755/2011, il Consiglio di Stato, senza neanche annullare un piano specifico di prevenzione AIB (anti incendio boschivo), ha ordinato la sostituzione dell'atto impugnato entro 8 mesi, consentendo nel frattempo il prodursi degli effetti dell'atto viziato, non essendone possibile un anullamento parziale, per evitare un vuoto regolatorio e, quindi una diminuzione di tutela in una materia sensibile. Sul tema della modulabità degli effetti delle sentenze di annullamento, M.A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2013, 162.

ISSN 2036-7821

tutela degli interessi legittimi pretensivi[15], è stata codificata l' azione di adempimento pubblicistico che consente di poter ottenere, oltre all'annullamento dell'atto, anche la condanna dell'amministrazione al rilascio di un determinato provvedimento.

Ed invero, mentre per gli interessi legittimi oppositivi, il cui titolare aspira a conservare il bene della vita inciso dall'azione amministrativa, opponendosi all'esercizio del potere dell'amministrazione che intende sottrarglielo o limitarne il godimento, "l'annullamento del provvedimento e il suo *pendant* cautelare, rappresentato dalla sospensiva, si erano dimostrati strumenti adeguati"[16], per gli interessi legittimi pretensivi, in cui il privato aspira non solo a che il potere venga esercitato ma anche che lo sia in una determinata direzione, il sistema processuale impugnatorio non offriva una piena garanzia di tutela sia diretta che risarcitoria[17].

Il secondo correttivo, quindi, inserendo all'interno dell'art. 34, dopo il comma 1 lett. c), la disposizione per la quale *"L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio"*, ha previsto in modo esplicito la possibilità di condannare la p.a. ad adempiere in modo specifico, già pacificamente ammessa dalla giurisprudenza[18], subordinandola però alla

---

[15] S. RAIMONDI,*Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm*., 2011, 913 M. CLARICH, *tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo, in Dir.proc. amm*., 2005, p. 523 e ss.

[16] R. GIOVAGNOLI, *Relazione tenuta al convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica"*, Roma, 2013 in https://www.jusforyou.it/wp-content/uploads/2020/07/h-2.pdf.

[17] Essendo riconosciuta la risarcibilità dei soli interessi oppositivi, sulla base della nota teoria della degradazione dei diritti soggettivi.

[18] Nell'Adunanza Plenaria 23 marzo 2011, n. 3, Il Consiglio di Stato, nel dare risposta positiva al quesito generale relativo all'esperibilità di un'azione di condanna pubblicistica all'esercizio del potere autoritativo in materia di interessi pretensivi, ha fatto leva sulla disciplina dettata dal codice del processo amministrativo in materia di tecniche di tutela dell'interesse legittimo evidenziando che <<Il codice, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo e dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, quindi, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (con l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, in materia di silenzio inadempimento, l'azione di condanna (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3)>>.Si è nell'occasione osservato che il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò alla stregua del combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza la tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717). Testo in *Diritto e Giustizia online* 2011.

ISSN 2036-7821

concomitante proposizione della domanda di annullamento del provvedimento di diniego o avverso il silenzio e così relegando, apparentemente, il nuovo strumento ad una funzione di tipo complementare[19].

L'ambito entro cui la tutela giurisdizionale viene attivata, resta, comunque, quello del rapporto non paritario fra amministrazione e privato legato all'esercizio da parte della prima di un potere solo limitatamente sindacabile dal giudice, il cui esercizio è tendenzialmente inesauribile da parte dell'amministrazione.

Di tal che, ed è da questa prospettiva che l'effettività va inquadrata per poterne cogliere i limiti e individuare soluzioni, davanti al giudice amministrativo, <<il giudizio sul rapporto non ha nulla da spartire con il giudizio sul rapporto affidato ai tribunali ordinari>>[20] in quanto nel rapporto di diritto pubblico non si può prescindere dal potere e, quindi, una piena tutela della spettanza è possibile, solo nei limiti in cui al giudice è dato sindacarne l'esercizio[21].

Ecco perché, con particolare riferimento all'azione avverso il silenzio serbato dalla p.a., nelle ipotesi in cui il legislatore non abbia attribuito ad esso valore significativo tipizzato, si è incentrato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha visto oscillare il giudizio in parola tra il modello dell'azione di annullamento tradizionale e la ricerca di una sua identità nell'alveo dei comportamenti inappropriati della pubblica amministrazione[22].

Nella successiva Adunanza 29/07/2011, n. 15, il Consiglio di Stato ha affermato il principio per cui il terzo che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata con la d.i.a., è legittimato all'esercizio, a completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, dell'azione di condanna pubblicistica tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi del comma 3 dell'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, <<essendo la proposizione di detta azione coerente, sul piano processuale, con il disposto dell'art. 30, comma 1, c.p.a., trattandosi di domanda proposta contestualmente a quella di annullamento e rispettosa dei limiti posti dall'art. 31, comma 3, c.p.a>>. In particolare il Consiglio di Stato ha evidenziato che nella ipotesi esaminata <<lo jussum giurisdizionale non produce un'indebita ingerenza nell'esercizio di poteri discrezionali riservati alla pubblica amministrazione ma, sulla scorta dell'accertamento dell'esistenza dei presupposti per il doveroso potere inibitorio, impone una determinazione amministrativa non connotata da alcun profilo di discrezionalità>>, in Foro amm. CDS 2011, 7-8, 2309.

Per una lettura ragionata delle modifiche apportate al codice nel 2012, in relazione al profilo della effettività e delle correlate azioni, M.A. SANDULLI, *il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*, *Federalismi.it*, 2012, n. 18. In dottrina si vedano in argomento M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo,* in www.giustamm.it, 2010; A CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro Amm*. - TAR, 2011, 5.

[19] M. TIBERII, *la tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni, Editoriale Scientifica*, 2013.

[20] R. VILLATA, op. cit., p. 121

[21] G. FALCON, Il *giudice amministrativo, tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione sulla spettanza*, in *Dir. Proc. Ammin.*, 1/2001 p. 327.

[22] M. TIBERII, op. cit. p. 85.

ISSN 2036-7821

Lo studio della natura e dei limiti della tutela effettiva che il giudice amministrativo può garantire al privato leso dal mancato esercizio del potere[23], è il presupposto per una indagine sul rimedio adeguato da esperire nell'ipotesi di mancata risposta dell'amministrazione alla richiesta di accesso civico generalizzato (art. 5, comma 2 D.lgs. 33/2013), in cui, come vedremo, alla mancanza di indicazioni legislative, in termini di azioni esperibili, ha sopperito, non univocamente, la giurisprudenza.
In particolare, l'art. 5 del D.lgs. 33/2013, come novellato dal D.lgs. 97/2016[24], prevede che il procedimento di accesso civico deve concludersi con un provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dall'istanza e che il rifiuto, il differimento e la limitazione opposti all'esercizio di tale diritto devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'art.5-bis. Nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il richiamato termine di trenta giorni, l'interessato può presentare, ai sensi del comma 6 del citato art. 5, richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) che decide con provvedimento motivato, entro il termine di venti giorni.
Nel caso delle regioni e degli enti locali, è altresì disciplinata, dal successivo comma 8, la possibilità di ricorrere al difensore civico competente per ambito territoriale o in caso di assenza di tale figura nell'ambito, a quello dell'ambito superiore che si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso.
Quanto alla tutela giurisdizionale, il citato articolo stabilisce che "avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza o del difensore civico, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'art. 116 del Codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104".
La norma non disciplina, quindi, l'ipotesi in cui sull'istanza non si pronunci l'ufficio competente, o, in seconda battuta il RPCT, inducendo a qualificare l'inerzia come non significativa, cioè come ipotesi di mancato esercizio del potere.
Si è posto, quindi, in dottrina e giurisprudenza il problema sul rito da esperire, ovvero se la illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione sia da far valere con ricorso avverso il silenzio, ai sensi degli artt. 117 e 31, comma 3 del c.p.a., o con il rito

[23] Sul rapporto fra effettività della tutela ed inerzia come comportamento rilevabile nei casi in cui la legge non associa alcun significato al silenzio serbato dall'amministrazione, F, G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione, Milano*, 1971. M. CLARICH., *Termine del procedimento e provvedimento amministrativo*, TORINO, 1995 M. D'ARIENZO, La tutela del tempo nel procedimento e nel processo, Napoli, 2012. C.GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione, secondo il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012. Di recente. P. OTRANTO, *Silenzio e interesse pubblico nell'attività amministrativa*, Bari, 2018.

[24] Novella adottata in attuazione della delega prevista dall'art. 7 della legge 124/2015.

ISSN 2036-7821

sull'accesso, disciplinato dall'art. 116 c.p.a., che la norma, però, prevede esplicitamente per i soli provvedimenti espressi.
Partendo dalla disciplina del silenzio e dei rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione, da cui isolare alcuni elementi utili all'indagine, si darà conto del citato dibattito che ha fortemente caratterizzato questa materia in relazione all'accesso civico nella prima metà del decennio scorso e ha visto prevalere l'orientamento volto ad applicare al caso di specie il rito del silenzio piuttosto che quello dell'accesso, per provare a fornire, nelle conclusioni, spunti di riflessione per futuri interventi del legislatore finalizzati ad assicurare la migliore tutela possibile .

2. L'azione avverso il silenzio nella evoluzione dell'istituto processuale. La problematica definizione della natura e dei limiti del sindacato di cognizione giurisdizionale sull'obbligo di provvedere e sulla fondatezza dell'istanza; fra timide accelerazioni e brusche frenate.
Ai primordi del sistema di giustizia amministrativa, alle problematiche connesse all'inerzia amministrativa, la dottrina, sostanzialmente, non dava alcun rilievo[25] e anche le sporadiche sentenze sull'argomento, tendevano a negare la tutela del privato[26].
L'atteggiamento restio della giurisprudenza era giustificato, innanzitutto, dall'assenza di una norma che prevedesse la sindacabilità del mancato esercizio del potere, non essendo rinvenibile alcuna fonte che ponesse in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di provvedere[27] nelle ipotesi in cui era riconosciuta all' amministrazione ampia discrezionalità.
Per rispondere all'esigenza di tutela dei privati, in mancanza di una specifica disciplina processuale dell'inerzia amministrativa, la giurisprudenza individuò un percorso che attraverso una *fictio iuris* creava i presupposti per legittimare il ricorso al giudice amministrativo.
Il sistema di tutela giurisdizionale dell'epoca, infatti, consentiva unicamente la tutela impugnatoria quindi, in caso di inerzia, si ritenne necessario proporre innanzitutto un ricorso amministrativo. La mancata decisione dell'amministrazione su tale rimedio, veniva equiparata ad un atto definitivo di diniego impugnabile dinanzi all'organo giurisdizionale.

---

[25] O. RANELLETTI, *il silenzio nei negozi giuridici*, in Riv.It.Sc.Giur., 1982, 3; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1982.

[26] Il Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 aprile 1893 n. 146, in Giust. Amm., 1893, 197, in un caso di richiesta di provvedimento di privativa industriale su cui il competente Ministero non si era pronunciato, negò di poter rinviare le parti all'autorità amministrativa competente ad emettere il provvedimento definitivo e quindi, respinse il ricorso proposto, sul presupposto che il giudice amministrativo potesse giudicare solo della legittimità degli atti e non potesse intervenire, quindi, sull'inerzia.

[27] La dottrina dell'epoca sosteneva non vi fosse alcun dovere di provvedere sulle istanze dei privati, in assenza di una legge che obbligasse le autorità a provvedere. Cosi U. BORSI, *il silenzio della pubblica amministrazione*, in Giur. It., 1903.

ISSN 2036-7821

Tale approccio comportò una prima apertura giurisdizionale alla sindacabilità del silenzio, con la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 2.3.1894, n. 78[28] che anticipò il successivo, esplicito, riconoscimento della tutela del privato inciso dal mancato esercizio del potere, che si ebbe agli inizi del '900[29], attraverso il recepimento dell'impostazione civilistica che considerava il comportamento inerte dell'amministrazione come tacita manifestazione di volontà[30].
Fu, in particolare, con la c.d. sentenza Longo[31], in cui venne affrontato il problema dell'impugnabilità del silenzio serbato dall'amministrazione su un ricorso gerarchico, che il Consiglio di Stato equiparò il silenzio ad un atto di rigetto, aprendo la strada alla proponibilità del ricorso giurisdizionale.
In quell'occasione[32], la IV sezione, la sola al tempo a svolgere funzioni giurisdizionali, introdusse il meccanismo per il quale, a seguito del silenzio serbato sul ricorso gerarchico, l'istante poteva diffidare la pubblica amministrazione a decidere entro un certo termine, trascorso il quale, in costanza dell'inerzia, il ricorso si intendeva rigettato e il privato poteva quindi impugnare tale decisione tacita di diniego.
In tal modo, si realizzò un ampliamento della tutela fino ad allora riconosciuta, attraverso l'introduzione, in via interpretativa e non legislativa, di una forma significativa di silenzio – rigetto impugnabile in sede giurisdizionale[33].
La citata pronuncia del Consiglio di Stato radicò in giurisprudenza l'orientamento che riconosceva natura "attizia" al silenzio inadempimento ed anche la dottrina sostenne, sulla scorta dei rilievi civilistici in materia di negozio giuridico, l'equiparabilità del silenzio ad una manifestazione tacita di volontà[34], purché, però, vi

[28] In cui si sostenne "la possibile equivalenza dell'omissione di qualunque provvedimento alla formale dichiarazione di dinego".

[29] Parere del Consiglio di Stato del 18.5.1900 e, in particolare Consiglio di Stato, sez. IV, 22.8.1902, n. 429, c.d. pronuncia Longo.

[30] La dottrina privatistica aveva affrontato la problematica della conclusione del contratto in ipotesi di comportamento inerte di uno dei contraenti. Sul punto, A. SRAFFA, *il silenzio nella conclusione dei contratti, in Giur. it.*, 1898, IV.

[31] Consiglio di Stato, sez. IV, 22.8.1902, n. 429. La vicenda si riferiva ad un alunno di cancelleria del Tribunale di Napoli, che per ragioni disciplinari, venne dispensato dal servizio dal Presidente della Corte d'Appello. Ai sensi dell'art. 24 del regolamento n. 365 del 1990, era fatta salva la possibilità di proporre reclamo al Ministro di grazia e giustizia. Dunque, esperito il reclamo con ricorso al Ministro, ed essendo rimasto lo stesso privo di riscontro per alcuni mesi, venne presentata diffida al Ministro stesso affinché si pronunciasse nel termine di 10 giorni. Decorso inutilmente il termine assegnato, l'interessato propose ricorso alla IV sezione del Consiglio di Stato, ritenendo che il reiterato silenzio del Ministro equivalesse ad una sostanziale ed esplicita conferma dell'impugnato provvedimento.

[32] Per un approfondimento sul c.d. caso Longo, A.M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio inadempimento della pubblica amministrazione, in Riv. Dir. proc.*, 1977.

[33] Sulla portata storica della pronuncia, G. PASQUINI, A SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, con commento di M. CHIAPPETTA, M.DE GIORGI e A. SANDULLI Milano, 2001 p. 62 e ss.

[34] S. PEROZZI, il silenzio nella conclusione dei contratti, in Riv. dir. Comm., 1906, I; P. BONFANTE, *il silenzio nella conclusione dei contratti*, in Riv. dir. Comm., 1097.

ISSN 2036-7821

fosse un radicamento normativo del potere di iniziativa privata e, contestualmente, l'obbligo della pubblica amministrazione di esprimere una volontà[35].
In realtà, secondo la raffinata ricostruzione dei maestri dell'epoca, il silenzio, di per sé, non assumeva alcuna connotazione tipica, in assenza di un dato legislativo che attribuisse ad esso significato e a rilevare, era la presenza nell'ordinamento del dovere per la pubblica amministrazione di pronunciarsi sulle istanze riguardanti gli interessi dei cittadini, la cui fonte venne individuata nell'art. 3 della L. 20 Marzo 1865 all. E che sanciva l'obbligo di provvedere in modo espresso e motivato[36].
In seguito, il legislatore recepì la soluzione adottata dalla giurisprudenza ed avallata dalla dottrina, canonizzandola nell'art. 5 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, per il quale "una volta trascorsi centoventi giorni dalla data di presentazione del ricorso, senza che l'autorità adita abbia provveduto, il ricorrente può chiedere, con istanza alla stessa notificata, che lo stesso venga deciso. Trascorsi sessanta giorni dalla notifica di tale istanza, senza che sia intervenuta alcuna decisione, il ricorso si intende a tutti gli effetti di legge, come rigettato".
Il citato articolo 5 venne poi ritenuto applicabile anche agli altri ricorsi amministrativi[37], ad eccezione di quello straordinario[38], assurgendo a disciplina generale nei casi di mancato esercizio del potere.
Tuttavia, tale approccio presentava alcune criticità in quanto, assimilando il silenzio ad un provvedimento di diniego, da un lato ne sottoponeva l'impugnazione al termine decadenziale dei sessanta giorni e dall'altro costringeva a formulare impugnazioni al buio, non potendosi evidenziare, in mancanza di un atto scritto, vizi propri ed effettivi dell'esercizio del potere espresso nel "panciuto provvedimento"[39].
Ciò che, però, minava alle fondamenta detta ricostruzione è la circostanza che alla descritta finzione provvedimentale non era associata una presunzione di consumazione del potere di provvedere in capo all'amministrazione che avrebbe reso

[35] S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914.
[36] Per O. RANELLETTI, lezioni di diritto amministrativo, Napoli 1921, "[..] quando l'autorità amministrativa abbia l'obbligo giuridico di prendere un dato provvedimento, e non dichiara la sua volontà, malgrado le istanze ripetute, e regolarmente intimate, dell'interessato, quel silenzio debba interpretarsi come rifiuto di prendere quel provvedimento".
[37] Consiglio di Stato, sez. IV, 26 gennaio 1938; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 luglio 1956, n. 729.
[38] Sull'inapplicabilità dell'art. 5 al ricorso straordinario, Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 1948, n. 274.
[39] L'espressione, divenuta nota, è stata coniata ed utilizzata più volte dal Presedente del Consiglio di Stato De Roberto per distinguere l'attività dell'amministrazione per "atti" da quella negoziale; alle quali, secondo il giurista si sarebbe andata aggiungendo una terza categoria formata dagli atti formalmente negoziali, ma sostanzialmente amministrativi in quanto strettamente collegati all'attuazione di interessi pubblici, come quelli ricadenti nell'ambito dei contratti strumentali allo svolgimento di servizi pubblici. A.DE ROBERTO, *Il Consiglio di Stato nel nuovo quadro ordinamentale* in *Instrumenta* n. 17/2001, p.503.

ISSN 2036-7821

effettiva la tutela riconoscibile dal giudice, evitando il sovrapporsi del procedimento al processo[40].

La giurisprudenza dell'epoca, infatti, ammetteva, e ancora ammette, l'intervento tardivo di un provvedimento sfavorevole all'interessato, una volta incardinato il giudizio e ciò comportava l'obbligo di impugnazione del nuovo atto e inizialmente l'estinzione del primo giudizio[41].

Anche se, successivamente, è stata introdotta la proponibilità di motivi aggiunti avverso il provvedimento espresso sopravvenuto e la conseguente trasformazione del giudizio pendente sul silenzio mediante "l'assorbimento" del secondo ricorso nel processo già incardinato[42], tale meccanismo comportava, comunque, un aggravio di oneri per l'interessato ed una sostanziale negazione del principio di effettività della tutela.

Al giudice non era, infatti, consentito svolgere alcuna indagine, nel merito, sulla spettanza del bene della vita, in quanto ciò avrebbe significato una inammissibile ingerenza in valutazioni su cui l'amministrazione manteneva la propria potestà decisionale che poteva, in ogni momento, essere nuovamente esercitata, senza alcun condizionamento, attraverso l'adozione di un successivo atto formale[43].

Ciò, nonostante il richiamato art. 5 della citata legge sulle commissioni amministrative provinciali si prestasse a essere qualificato come "principio generale di diritto amministrativo"[44] e, dunque, idoneo a fondare una lettura del termine per provvedere come perentorio e a consentire al giudice di esercitare una più penetrante verifica di legittimità estesa al merito sul diniego tacito, potendo, all'esito di una istruttoria piena, <<giungere a formulare la regola vincolante per il caso concreto>>[45].

Ed invece, si è assistito ad un graduale allontanamento da questo percorso. L'equiparazione del silenzio ad un provvedimento di rigetto venne, infatti, superata

---

[40] Di questo avviso M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento, in Dir. Proc. Ammin.*, 3/2014, p. 6. L'Autrice evidenzia come "Il nostro legislatore ha evitato di intervenire sull'unico profilo di diritto sostanziale che avrebbe assicurato al privato un'adeguata tutela avverso il silenzio, non introducendo termini procedimentali perentori per l'amministrazione". In senso conforme, B. TONOLETTI, voce Silenzio della pubblica amministrazione, in Dig. disc. pubbl., XIV, 1999, p. 167 ss.

[41] Il riferimento è alle sentenze del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 novembre 1989, n. 16 e 4 dicembre 1989, n. 17. in tema di silenzio sul ricorso gerarchico, laddove l'espressione "trascorsi 90 gg il ricorso si intende rigettato" è stata interpretata in senso strettamente processuale per permettere il ricorso avverso il silenzio, senza escludere, però, la possibilità per l'amministrazione di pronunciarsi anche tardivamente.

[42] Così Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 1958, n. 921, in Cons. Stato, 1958, I, 1527.

[43]Per una attenta ricostruzione di questa posizione, F.G. SCOCA e M. D'ORSOGNA, *silenzio, clamori di novità, Dir. Proc. Amm*., 1995.

[44] In tal senso, A. AMORTH, *Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1999, III, 1257 ss;

[45] M. RAMAJIOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale*, cit. p. 9 che richiama F.G. SCOCA, Il silenzio, cit., p.294.

ISSN 2036-7821

dalla giurisprudenza e dalla dottrina, maggiormente inclini a ricondurlo nell'alveo dei comportamenti come forma di inerzia rispetto all'obbligo di provvedere.
Anche questa teoria partiva dal principio per cui l'attività provvedimentale costituisce un dovere in capo all'amministrazione cui è correlato un vero e proprio diritto soggettivo del cittadino a ricevere risposta alle proprie istanze che prescinde dalla natura discrezionale o vincolata dello stesso[46].
Così, il silenzio si configurava come comportamento integrante un inadempimento all'obbligo di provvedere gravante sull'amministrazione[47] per cui, soprattutto in ipotesi di attività discrezionale, si riteneva vi fosse per la pubblica amministrazione un dovere di pronunciarsi, in senso affermativo o negativo, dovendo essere espresse le ragioni per le quali un interesse tutelato e riconosciuto in astratto dal legislatore restasse inattuato[48].
La disciplina della tutela processuale del privato inciso dal silente inadempimento amministrativo venne innovata, su detti presupposti, dall'art. 6 del d.p.r. n. 1199/1971[49], abrogativo dell'art. 5 del R.D. 3 marzo 1934, n. 383, e dall' art. 20, comma 1, della legge 1034 del 1971[50] con cui fu eliminata la necessità di mettere in mora l'amministrazione, attraverso formale diffida, prima di proporre un ricorso giurisdizionale avverso l'inerzia tenuta su un ricorso gerarchico.
Questa innovazione, tuttavia, essendo ancora legata al meccanismo del ricorso amministrativo, non assicurava tutela diretta nei confronti del silenzio *ex se* considerato, di fatto, quindi, non superando, ma semplicemente temperando, la precedente visione attizia dello stesso[51].

---

[46] La prima ricostruzione della tesi è A.M. SANDULLI, *il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, 1963.

[47] Il riferimento è alla storica sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 3 maggio 1960, n. 8. In cui si stabilì il principio per cui il silenzio-rigetto non dovesse essere considerato alla stregua di un atto-provvedimento poiché esso consiste in un mero comportamento, cioè un fatto-accadimento che prescinde da qualsiasi considerazione in merito all'esistenza del fattore volitivo da parte dell'Amministrazione inerte e dal quale per legge scaturiscono specifici effetti sia sostanziali sia processuali. Di conseguenza fu ritenuto che l'Amministrazione adita manteneva anche dopo la formazione del silenzio-rigetto il potere-dovere di decidere sul ricorso amministrativo, ciò anche nel caso in cui fosse stato impugnato in sede giurisdizionale il silenzio dell'Amministrazione.

[48] In questo senso, Consiglio di Stato, sez IV, 9.11.1954, n. 733.

[49] Ai sensi del quale "decorso il termine di novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione, il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti, e contro il provvedimento impugnato è esperibile il ricorso all'autorità giurisdizionale competente, o quello straordinario al Presidente della Repubblica".

[50] Per il quale "nei casi in cui contro gli atti o provvedimenti emessi da organi periferici dello Stato o di Enti Pubblici a carattere ultraregionale sia presentato ricorso in via gerarchica, il ricorso al Tribunale amministrativo regionale è proponibile contro la decisione sul ricorso gerarchico ed, in mancanza, contro il provvedimento impugnato se, nel termine di 90 giorni, la pubblica amministrazione non abbia comunicato e notificato la decisione all'interessato".

[51] Per un approfondimento F. GIGLIONI, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva* in Dir. proc. amm., 2002, n. 4,936 ss.

ISSN 2036-7821

Si deve al Sandulli il tentativo di elaborare *ex novo* la disciplina del silenzio inadempimento, radicandola in principi già presenti nell'ordinamento, quali quello di legalità e giustiziabilità dell'azione amministrativa[52].

La tesi, partendo da un orientamento pretorio all'epoca minoritario, costruiva l'azione avverso il silenzio - inadempimento, sulla base dell'art. 25 T.U. n. 3 del 1957 in tema di responsabilità del dipendente pubblico per omissione di atti o di operazioni, al cui compimento lo stesso fosse tenuto per legge. Tale norma, in particolare, prevedeva che per attivare l'azione di risarcimento conseguente alla responsabilità dell'agente pubblico, fosse necessaria una previa diffida da presentare, non prima che fossero decorsi sessanta giorni dall'ultimo atto procedimentale utile e che, poi, bisognasse attendere trenta giorni per incardinare il giudizio risarcitorio.

Lo schema descritto veniva applicato all'ipotesi di comportamento inerte dell'amministrazione per cui l'interessato, nel termine di sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza collegata ad un interesse pretensivo, previa diffida, intimava all'amministrazione di concludere il procedimento entro trenta giorni, allo scadere dei quali, poteva agire in giudizio per ottenere dal giudice la condanna dell'amministrazione a provvedere.

La tesi del Sandulli fu condivisa dall' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella storica sentenza 10 marzo del 1978 n. 10[53], pronunciata in materia di formazione del silenzio rifiuto, ritenne applicabile l'art. 25 del T.U. degli impiegati civili dello Stato, sia in ottica deflattiva del contenzioso che di tutela del privato il quale rischiava di non individuare il termine oltre il quale l'omissione diventasse inadempimento[54].

Nella fase antecedente la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, infatti, la giurisprudenza negava la possibilità per il giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, ritenendo che l'esame giudiziale dovesse limitarsi ad accertare l'esistenza dell'obbligo di provvedere e l'inottemperanza a tale obbligo, mediante una mera verifica effettuata "calendario alla mano" [55] delle tempistiche individuate dai termini indicati nelle norme, costituendo la sentenza, in altre parole, un mero accertamento sulla base dei rigorosi criteri predeterminati dalla legge.

---

[52] A.M. SANDULLI, *sul regime attuale del silenzio inadempimento della pubblica amministrazione*, 1977.

[53] Sulla portata della detta sentenza, G. SALA, *Problemi del processo amministrativo nella giurisprudenza dell'Ad.Pl. del Consiglio di Stato: oggetto del processo e silenzio dell'amministrazione, Dir. Proc. amm.*,1984.

[54] La dottrina non era unanime sulla necessità di dover necessariamente diffidare l'Amministrazione, prima di proporre l'azione di tutela. Da un punto di vista sostanziale, si sosteneva che l'ontologica illegittimità del silenzio superasse la necessità di diffida, che rappresentava, inoltre, un aggravio procedurale in contrasto con il principio di certezza del tempo dell'azione amministrativa. In senso conforme *V. CERULLI IRELLI, Corso di diritto amministrativo, Torino, 1993.*

[55] E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso avverso il silenzio-rifiuto e mutamento della domanda*, in Foro amm., 1993, 310; sulla necessità non di una pronuncia di contenuto positivo, relativa a un provvedimento satisfattivo della pretesa fatta valere in giudizio, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, ivi, 2005, 557 ss.

ISSN 2036-7821

Nella fase successiva, invece, e fino alla legge n. 205 del 2000, si afferma la tendenza a superare questo orientamento in un senso che assicurasse maggiore tutela al ricorrente rispetto alla pretesa sottesa all'azione.
Invero, già con la richiamata sentenza del '78, l'Adunanza plenaria aveva ammesso la possibilità del giudice di andare oltre il mero accertamento del dovere di provvedere[56] e, anche se con riguardo alla sola attività vincolata della p.a., di spingere il suo sindacato fino alla verifica sulla fondatezza in concreto della pretesa.
Vi fu, quindi, il progressivo riconoscimento del potere di cognizione del giudice sulla fondatezza delle istanze che richiedevano l'adozione di provvedimenti vincolati.
Inizia, così, ad essere valorizzato il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive, in una prospettiva di controllo giurisdizionale non più solo formale, ma orientato a che "il cittadino possa conseguire, attraverso il processo, quella utilità sostanziale che l'amministrazione gli ha illegittimamente negato" [57].
Si assiste, infatti, ad un ampliamento dell'oggetto del giudizio in cui l'accertamento dell'inerzia dell'amministrazione costituisce il presupposto per una verifica della fondatezza dell'istanza del privato, potendo il giudice condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto, sebbene solo nel caso di attività vincolata[58].
Tale impostazione comportava, evidentemente, una tutela differenziata a seconda della situazione giuridica fatta valere dal privato nei confronti dell'obbligo di provvedere.
Ciò in quanto dinanzi all'inerzia del potere, può dirsi esistente una aspettativa alla risposta correlata all'obbligo di provvedere posto in capo all'amministrazione, ma tale posizione giuridica non può essere estesa fino alla pretesa di ottenere il bene della vita oggetto dell'istanza che, come è stato giustamente osservato, dipende, invece, <<dalla disciplina sostanziale che regola la situazione>>. [59]
Così, la tutela in sede giurisdizionale dell'utilità sostanziale pretesa dal privato resta più o meno intensa a seconda che il suo riconoscimento sia collegato all' esercizio di un potere via via più discrezionale da parte dell'amministrazione.
Ciò in quanto non cambia la posizione giuridica sottesa alla istanza del privato che, nel caso di un potere massimamente discrezionale, resta di interesse legittimo, con tutti i limiti di sindacabilità da parte del giudice in ordine a qualsiasi profilo che non sia di legittimità, mentre può essere configurata come diritto soggettivo nel caso in cui l'amministrazione sia vincolata ad una risposta positiva e, quindi, il soggetto

[5656] In merito, *G. SCOCA, il silenzio della pubblica amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 2002.
[57] M.NIGRO, *Giustizia amministrativa,* Bologna, 1994, p. 232.
[58] E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso avverso il silenzio -rifiuto e mutamento della domanda, Foro amm*., 1993.
[59] G. VERDE, Nel codice la tappa di un'evoluzione in corso, in Guida del Diritto n. 9/2011. R. VILLATA, Tre anni dopo la prima riforma, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di) Il codice del processo amministrativo, Torino 2012. 9 e ss.

ISSN 2036-7821

possa in qualche modo reclamare il diritto ad un bene particolare e il giudice direttamente concederlo[60].

Di fatto, quindi, nonostante l'ottimismo con cui tale approccio fu accolto inizialmente, testimoniato da alcune pronunce che addirittura provarono ad estenderne l'applicazione oltre l'attività vincolata, ai casi di provvedimento a contenuto discrezionale limitato[61], la nuova disciplina non si è rivelata idonea ad affermare una tutela della pretesa specifica maggiore della precedente[62].

In particolare, la posizione giuridica sottesa alla istanza del privato nei confronti dell'amministrazione non sembra ricevere da questa nuova qualificazione del silenzio una tutela più effettiva di quella che era possibile ottenere attraverso l'assimilazione dello stesso ad un provvedimento di rigetto.

L'introduzione da parte dell'art. 2 della legge 205 del 2000, nel corpo della l. n. 1034/71, dell'art. 21-bis che disciplinava un rito speciale[63] contro il silenzio inadempimento dell'amministrazione, modellato sull'impianto dell'art. 25 L. 241 del 1990 in materia di accesso agli atti della pubblica amministrazione, recepì questo orientamento, senza provare a migliorarlo, anzi inducendo a ridurre ulteriormente lo spazio di intervento del giudice.

Tale rito, infatti, prevedeva un processo camerale accelerato da definirsi, entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, con una sentenza succintamente motivata mediante la quale "in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice ordina all'amministrazione di provvedere".

Partendo dal tenore letterale della norma, si affermò un orientamento giurisprudenziale, sancito in principio dall'Adunanza plenaria n. 1 del 9 gennaio 2002, che ha circoscritto, per lungo tempo, il sindacato del giudice amministrativo alla sola verifica dell'obbligo di provvedere.

---

[60] M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo,* Torino, 1995, 19 ss.;

[61] Cfr. Cons. St., sez. IV, 27 marzo 2001 n. 1743, in *Foro amm. CDS*, 2001, 661. In materia di pubblico impego, a proposito della maturazione del credito per interessi e rivalutazione monetaria su voci retributive, il Consiglio di Stato, pur partendo dal presupposto che va operata una distinzione fra emolumenti che direttamente derivano da disposizioni di legge o di regolamento dai casi in cui l'attribuzione di un determinato trattamento economico richieda l'intermediazione provvedimentale dell'amministrazione, precisava che la natura discrezionale della valutazione operata dall'amministrazione ai fini dell'avanzamento in carriera, è pur sempre da mettere in relazione alla comparazione con gli altri aspiranti alla qualifica, ed è sotto questo profilo, sindacabile per illogicità ed irragionevolezza.

In dottrina, G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa, principio o mito? u*n *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 653. Per una trattazione sistemica, A. POLICE., *Ill ricorso di piena giurisdizione di fronte al giudice amministrativo*, Padova, 2001.

[62] Una posizione da sempre critica in dottrina sui limiti posti al sindacato del giudice è quella di Greco secondo cui l'azione avverso il silenzio deve tendere ad un provvedimento satisfattivo della pretesa fatta valere in giudizio G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1981, Milano, 23 ss.

[63] S. FANTINI, *il rito speciale in materia di silenzio della pubblica amministrazione, Giust. Civ.* 2001.

ISSN 2036-7821

Con la richiamata pronuncia, il Consiglio di Stato, investito del compito di individuare correttamente l'oggetto del giudizio introdotto dalla legge n.205/ 2000, ha, infatti, ritenuto recessivo il precedente e più aperto orientamento giurisprudenziale di fronte a un dettato normativo che definiva specificamente la tutela accordata al privato nell'azione avverso il silenzio, individuando diversi elementi oggettivi a favore della tesi restrittiva che limitava la cognizione del giudice.
In particolare, secondo l'Adunanza Plenaria, l'abbreviazione dei termini, la semplificazione dell'azione, la previsione della possibilità di nominare un commissario *ad acta* nella sentenza che definisce il giudizio, sono indici di una volontà chiara del legislatore di assegnare al giudice una cognizione sommaria e semplificata volta ad assicurare in tempi rapidi tutela al privato, ma anche sintomatica di una semplificazione cognitiva e quindi maggiormente limitata da parte del giudice e incompatibile con l'accertamento del contenuto sostanziale del provvedimento da adottare[64].
In dottrina, non è mancato chi ha sottoposto a revisione critica questo orientamento, evidenziando come il rito accelerato previsto dalla normativa non fosse un rito sommario per cui il giudice conservava intatte tutte le prerogative cognitive del rito ordinario[65]. Del resto, anche chi all'epoca, ha condiviso le motivazioni della giurisprudenza ha, comunque, auspicato una riforma del rito, riconoscendo l'opportunità di un sindacato più ampio del giudice in materia[66].
Effettivamente, il citato termine breve di definizione del giudizio, non era compatibile con una istruttoria approfondita, sebbene la stessa fosse astrattamente possibile.
La *querelle* in ordine all'estensione del sindacato del giudice amministrativo in materia venne temporaneamente risolta dalla modifica introdotta dal d.l. n. 35/05 all'art. 2 della legge 205 che svincolava la procedibilità dell'azione dalla condizione della previa diffida e prevedeva espressamente il potere del giudice amministrativo di conoscere la fondatezza della pretesa.

---

[64] In questo senso, l'utilizzo del termine "provvedere" avrebbe proprio il senso di limitare la cognizione del giudice all'accertamento dell'obbligo generico, non consentendogli di accertare il contenuto sostanziale del provvedimento da adottare e nessun valore avrebbe l'alternativa tra potere discrezionale e vincolato, non essendo possibile riferirsi "alla distinzione tra casi di agevole e meno agevole conoscibilità della fondatezza della pretesa sostanziale, ovvero di maggiore o minore ampiezza della discrezionalità dell'amministrazione; deve osservarsi che non è ammissibile far discendere l'estensione dei poteri cognitivi e dispositivi del giudice dal grado di complessità della controversia. Si tratta di un criterio empirico che poteva semmai trovare spazio nella soluzione elaborata dalla giurisprudenza, ma non più dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, nel cui contesto, come già osservato nulla autorizza ad effettuare simili distinzioni.

[65] G. GRECO, *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. Process. Ammin*, 2002, n.1 p. 8 ss..

[66] M.A. SANDULLI, *La disciplina del silenzio della Pubblica Amministrazione: spunti di riflessione in materia di tutela giurisdizionale,* in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata. Atti del IX Convegno biennale di Diritto amministrativo*, Milano, 2002, 183.

ISSN 2036-7821

Tale riforma seguì la nota sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204 con cui il giudice delle leggi sancì l'equiparazione, sotto il profilo della pienezza della tutela, tra diritti soggettivi e interessi legittimi[67].

La citata norma, se ha consentito di superare l'orientamento restrittivo del 2002 in ordine alla natura dell'azione[68], ha d'altra parte sollevato dubbi interpretativi circa la profondità della valutazione consentita al giudice ed in particolare sulla possibilità che tale valutazione potesse essere svolta anche nelle ipotesi in cui il mancato esercizio del potere riguardasse attività, pur solo limitatamente, discrezionali dell'amministrazione, come una parte innovatrice della giurisprudenza aveva lasciato intendere nei richiamati orientamenti intervenuti fra il 1978 ed il 2002.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 5311 del 2007, ha negato che la norma del 2000 abbia introdotto una sorta di giudizio di merito senza confini[69], ritenendo che la stessa ha piuttosto attribuito al giudice, nei limiti della sua giurisdizione, uno strumento processuale ulteriore[70] in chiave acceleratoria del contenzioso[71].

Ciò, sul presupposto che l'estensione della giurisdizione amministrativa al merito, in ossequio al principio di separazione dei poteri, rappresenta un'ipotesi eccezionale nel processo amministrativo e come tale, può avvenire nei soli casi tassativamente previsti dalla legge e d'altra parte, la configurazione del giudizio sul silenzio nell'ambito della giurisdizione di merito sarebbe contraddittoria rispetto all'esigenza di snellezza e celerità del rito stesso.

La possibilità per il giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, nel giudizio sul silenzio, è rimasta, quindi, limitata alle ipotesi di attività vincolata in cui non vi sono profili di scelta, essendo il provvedimento dovuto in base ad una specifica previsione legislativa[72].

---

[67] La tutela che il giudice amministrativo può assicurare al ricorrente viene, comunque delimitata dalla precisazione che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà.

Per un commento alla sentenza F. PATRONI GRIFFI, *Brevi riflessioni a margine della sentenza della corte costituzionale n. 204 del 2004*, in astrid-online.it; L. COEN, *Corte cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici*, in *https://www.forumcostituzionale.it/*.

[68] Sul presupposto che "l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, di cui alla sentenza n. 1 del 2002, deve essere rimediato successivamente all'introduzione nell'ordinamento dell'art. 4 comma 6-bis l. n. 80 del 2005 che ha riscritto l'art. 2 l. n. 241 del 1990 prevedendo, al comma 5, di tale articolo, che il g.a. può conoscere della fondatezza dell'istanza prodotta dall'interessato sulla p.a. e sulla quale si è formato il silenzio-inadempimento". TAR Lazio- Roma, sez. I, 7 giugno 2010, n. 15657.

[69] Come invece sostenuto dal C.G.A.R.S., sez giur., 4 novembre 2005, n. 726. In senso contrario, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 maggio 2007, n. 2318; TAR Campania – Napoli, sez. II, 5 gennaio 2006, n. 112.

[70] Cfr. L. IANNOTTA, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990*, in Giustamm.it.

[71] R. CHIEPPA. R GIOVAGNOLI, *manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2021.

[72] Cons. Stato, Sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5843.

ISSN 2036-7821

Unica eccezione è costituita dal riferimento alla possibilità riconosciuta al giudice di accertare e dichiarare la manifesta infondatezza dell'istanza proposta, in una logica di economicità delle azioni, essendo inutile obbligare l'amministrazione a provvedere laddove l'atto non potrebbe che essere di rigetto[73].
Anche in questa occasione, dunque, l'ordinamento resta frenato e tale impostazione influirà, come vedremo, sulla cultura dell'istituto, condizionandone l'attuale assetto.

3. I poteri istruttori del giudie nell'attuale disciplina codicistica e i profili di incertezza sull'effettività della tutela assicurabile.

Il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 che ha introdotto il vigente codice di procedura amministrativa, all'art. 31, commi 1 e 2, prevede una azione di accertamento dell'obbligo di provvedere da parte della pubblica amministrazione, avviabile da chiunque vi abbia interesse, entro un anno da quando sia decorso il termine per concludere il procedimento, se perdura l'inadempimento.
Il successivo comma 3, consente al giudice di pronunciarsi anche sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, quando l'attività è vincolata o quando non residuano margini di discrezionalità nella scelta e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.
Tale previsione configura una azione di condanna astrattamente idonea a superare i limiti individuati nella disciplina precedente dalla dottrina più attenta e ad ampliare la sfera di cognizione del giudice in questa materia, nel rispetto del divieto, stabilito dall' art. 34, di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, in attuazione del principio generale di separazione dei poteri.
La norma, infatti, attribuisce al giudice la possibilità di condannare l'amministrazione all'emanazione del provvedimento atteso, non solo quando sia accertata nel corso dell'istruttoria processuale la sussistenza di tutti presupposti vincolati al suo rilascio, ma anche quando sia stato verificato che l'amministrazione abbia esaurito ogni verifica sui profili discrezionali involti nella decisione.
In questo senso, è stato opportunamente osservato che la lettura sistematica delle norme codicistiche consente di qualificare l'azione avverso il silenzio non solo come azione di accertamento, ma anche di condanna. In particolare, il riferimento contenuto al primo comma dell'art. 31 all'accertamento dell'obbligo di provvedere, letto congiuntamente sia al comma 1 dell'art. 34, per il quale il giudice nei limiti della domanda ordina all'amministrazione inerte di provvedere, sia al successivo art. 117

[73] La pubblica autorità non è tenuta a provvedere, ad esempio, in presenza di istanze reiterate già respinte. In tal caso, la p.a. ha già adempiuto l'obbligo provvedendo la prima volta, la tutela del cittadino non può condurre al blocco dell'azione amministrativa che va salvaguardata nella sua libertà ed elasticità. L'obbligo a provvedere è escluso anche in relazione al potere di autotutela. Questo è potere pubblico altamente discrezionale che ammette sollecitazioni da parte del privato ma non obbliga l'amministrazione a pronunciarsi. Consiglio di Stato, Sezione VI, 19/02/2003, n. 939; Sezione V, 3/06/1996, n. 621; Cons. giust. amm. 14/02/2001, n. 77.

ISSN 2036-7821

del codice, a tenore del quale il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore ai 30 giorni, restituiscono una chiara indicazione, circa il carattere duplice dell'azione[74].

Peraltro, l'art. 117, nel disciplinare gli aspetti procedurali, pur confermando il rito speciale accelerato (nei termini) e semplificato (nella forma della sentenza), lo rende compatibile con una cognizione più approfondita, nel caso di silenzio in procedimenti comportanti l'esercizio di poteri discrezionali da parte dell'amministrazione.

Scompare, infatti, il termine massimo entro cui pronunciare la sentenza previsto dalla L. n.205/2000 e il rito sul silenzio diviene, come ogni altro rito camerale diverso da quello cautelare, un giudizio accelerato, ma a cognizione piena, nell'ambito del quale è possibile seguire l'intero iter verso la soddisfazione della pretesa sostanziale.

In questo senso depone la previsione del comma 4 del citato articolo 117 per cui "il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto", ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.

In particolare, acquisendo in giudizio ed in contraddittorio fra le parti la prova dell'avvenuto svolgimento dell'istruttoria procedimentale e del compimento da parte dell'amministrazione delle eventuali verifiche connotate da profili discrezionalità, il giudice può valutare se il grado di maturazione procedimentale sia tale da poter consentire di ordinare la soddisfazione diretta della pretesa, non residuando attività discrezionale da parte dall'amministrazione o se invece, occorra condannare l'ente a provvedere, rimettendo le scelte puramente amministrative alla sede competente a svolgere una completa istruttoria e ad assumerle.

Di tal che, anche attraverso il vaglio degli argomenti portati in giudizio dall'amministrazione, se costituita, e ricorrendo agli strumenti interlocutori utilizzabili dal giudice nel corso dell'istruttoria, si può pervenire a una decisione giurisdizionale più o meno penetrante in relazione alla natura dell'attività amministrativa sottesa alla pretesa.

In particolare, oltre alla tutela immediata, con la condanna dell'ente pubblico ad emettere il provvedimento nell'ipotesi di attività vincolata, sarebbe possibile assicurarne una intermedia, in cui il giudice, pur non interferendo con le prerogative discrezionali dell'apparato amministrativo,[75] ne indirizza l'azione verso una tutela effettiva, sulla base degli elementi raccolti in giudizio, nell'ipotesi di attività discrezionale già parzialmente istruita dall'amministrazione; fino ad un livello minimo costituito dall'accertamento dell'obbligo a alla conseguente condanna a

[74] M. TIBERII, *la tutela dell'interesse legittimo nella pluralità delle azioni*, Editoriale Scientifica, 2013.

[75] In questo senso, M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 1, 157 ss.

ISSN 2036-7821

provvedere, cui però segue la possibilità per il giudice di nominare un commissario e conoscere delle vicende relative all'attuazione della sentenza.
In realtà, come è noto, nel testo del codice elaborato dalla commissione speciale del Consiglio di Stato cui il Governo sulla base della legge delega n. 69/09 aveva demandato la stesura, era evidente la spinta verso una più effettiva tutela degli interessi legittimi attraverso specifiche azioni, quali quella di accertamento e costitutiva di condanna (rispettivamente, articoli 36 e 40 dello schema) che però non sono state confermate nel testo approvato dal Parlamento[76].
Quando, poi, successivamente, con i decreti correttivi al codice[77], è stata espressamente introdotta l'azione di condanna, al richiamato art. 34 comma 1 c.p.a., la stessa è stata subordinata al previo annullamento del provvedimento di diniego o alla declaratoria di illegittima del silenzio rifiuto, senza chiarire che le due attività potevano ben costituire due fasi dello stesso giudizio sulla base al comma 2 dell'art. 113 Cost. che non pone esclusioni o limiti alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi,[78] se non quello desumibile dal successivo comma 3 in tema di annullamento degli atti della pubblica amministrazione e relativi effetti.
Questa ritrosia del legislatore a fornire un indirizzo netto verso un complesso strutturato di azioni finalizzato ad attuare la piena parificazione del grado di tutela degli interessi legittimi, specie pretensivi, a quello dei diritti soggettivi, ha influito sull'interpretazione che del nuovo sistema codicistico si è affermata nel tempo.
Essa è stata, infatti, decisamente restrittiva, rimanendo preclusa la tutela specifica della pretesa[79], salvo che l'attività amministrativa non sia interamente vincolata.[80]

---

[76] I primi commentatori furono tutti concordi nel ritenere il nuovo codice debole sotto il profilo della effettività della tutela assicurata agli interessi pretensivi. Per richiamare alcuni fra i più illustri, si vedano, A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente*" su www.giustamm.it; N. SAITTA, "*Codice che poteva essere*", in *www.giustamm.it*; F.G., SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, 2010 fasc. 3-4, pagg. 5 e ss.; A. TRAVI., *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo,* in *Diritto pubblico*, 2010 fasc. 3, pagg. 585 e ss..; G. VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2010 fasc. 3, pagg. 795 e ss. Del resto, già durante la stagione delle grandi riforme degli anni '90 vi era stato il tentativo attraverso il disegno di legge delega n. 788/89 di introdurre una disciplina organica delle azioni finalizzate alla tutela effettiva degli interessi legittimi, poi fallito. Per una buona ricostruzione del tema E. LUBRANO. *Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo,* Roma, 2010, S. CERVELLI, *La sistematica delle azioni al nuovo processo amministrativo*, in Riv amm. Rep. It., n. 9-10/2010, p.529 e ss., S. RAIMONDI., *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011 fasc. 3, pagg. 913 e ss.;

[77] D.lgs 15 novemre 2015 n. 195 e D.lgs. 18 aprile 2016 n. 160

[78] Sul tema, M. CLARICH., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo, in Dir. proc. amm.*, 2005, p. 557 e ss.

[79] Questa espressione del principio di separazione dei poteri. Sul punto, Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 7 e 9 del 2014 che però si riferiscono all'obbligo per il giudice di lasciare impregiudicata ogni questione attinente al merito della pretesa e a quegli accertamenti complessi che richiedono ulteriori adempimenti istruttori.

ISSN 2036-7821

Ciò anche sul presupposto che la materia del silenzio – inerzia, non è inserita fra quelle in cui la giurisdizione amministrativa è estesa al merito, ai sensi dell'art. 134 c.p.a.[81]

Parte della dottrina ha individuato nella carenza di una adeguata disciplina dei poteri istruttori del giudice, all'interno dell'art.117 c.p.a l'elemento che ha rafforzato questo orientamento restrittivo, ritenendo che attraverso un corredo adeguato di strumenti, il giudice avrebbe potuto, invece, accertare, senza sostituirsi all'amministrazione, il livello di completezza raggiunta dall'istruttoria procedimentale, la sussistenza degli elementi di fatto richiesti dalla normativa sottesa alla istanza del privato, il grado di maturazione del procedimento non concluso e, quindi, verificare l'esistenza dei presupposti, formatisi all'esterno del giudizio, attraverso l'attività dell'amministrazione, per il rilascio del provvedimento[82], in piena aderenza al dettato dell'art. 31 e nel rispetto dei limiti posti alla cognizione di merito dall'articolo 34 del codice.

Ciò avrebbe consentito di colmare in parte la lacuna determinata dalla approvazione di un codice mutilato dalle azioni tipiche di tutela presenti nel disegno originario[83].

Tuttavia, poiché la materia in esame rientra fra quelle di giurisdizione esclusiva, ai sensi dall'art.133, comma 1, lett a) n. 3, per le quali la Corte Costituzionale ha riconosciuto al giudice la titolarità di tutti gli strumenti necessari a dare adeguata protezione alle posizioni giuridiche soggettive rimesse alla sua tutela[84], la espressa disciplina di tali strumenti nell'art. 117 non appare necessaria, in quanto il giudice dispone di tutto il corredo di poteri istruttori, formali e informali, propri del giudizio di cognizione, cui come si è già sostenuto più sopra, attualmente il rito del silenzio è pienamente riconducibile.

Le caratteristiche di semplificazione e celerità del rito vanno, infatti, raccordate con il richiamato principio di concentrazione e pluralità delle forme di tutela finalizzato a dare alla stessa effettività[85], ai sensi dell'art. 7 comma 7 del codice, e, quindi, vanno

---

[80] Ancora di recente la giurisprudenza ha affermato che , attraverso uno strumento giurisdizionale di tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione, non può essere aggirato il divieto per il giudice amministrativo di sostituirsi agli organi dell'amministrazione negli apprezzamenti discrezionali, consentendo ad esso di pronunciarsi sul contenuto di atti riferibili a poteri amministrativi non esercitati, in ragione di quanto posto dal comma 2 dell'art. 34 del Codice, fatta eccezione per le ipotesi in cui venga in rilevo attività vincolata ad esito certo. Cfr. TAR Lazio – Roma, sez. II, 22.2.2021, n. 2173.

[81] R. CHIEPPA. R GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 2021.

[82] Di questo avviso M. RAMJOLI, op. cit., p.15 che richiama alla nota n. 30 i lavori preparatori del codice per sottolineare come, invece, l'ipotesi della condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento fosse presente nel testo del codice elaborato dalla Commissione di tecnici e l'obbligo di allegare in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento (art. 42 della bozza originaria).

[83] Sulla tormentata genesi del codice e sulla improvvisa mutilazione subita poco prima della sua approvazione da parte del governo per timore di una eccessiva incidenza economica delle azioni di condanna F. MERUSI, *In viaggio con Laband,* in Giorn. dir. amm., 2010, p. 658.

[84] Corte Cost. sentenza 18 aprile 2007, n. 140.

[85] V. CERULLI IRELLI, Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni in Dir. Proc. amm., 2012, p. 436 e ss

ISSN 2036-7821

necessariamente interpretate nel senso più favorevole a chi chiede giustizia. Dunque, far discendere da esse limiti non espressamente previsti dalla legge alla cognizione del giudice, appare in contrasto con la finalità stessa dell'istituto processuale in questione.

Sotto altro profilo, è noto che non mancano, anzi vanno aumentando, le ipotesi in cui nel rito ordinario il giudizio possa essere definito in modo più rapido e già in camera di consiglio, come quelle previste dall'art. 60, quando risulti accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, e dall' art. 74, quando sia accertata la manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso o la sua irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità; o quelle di recente introduzione[86] come la decisione dei ricorsi suscettibili di immediata definizione con sentenza in forma semplificata prevista dall'art. 72-bis e le udienze straordinarie dedicate allo smaltimento dell'arretrato, disciplinate al comma 4-bis dell'art. 87, entrambe svolte in sede camerale.

Pertanto, l'ordinamento non esclude una certa flessibilità ed atipicità delle forme[87], purché siano rispettati i principi fondamentali del contraddittorio e della parità delle parti, sanciti dall'art.111 Cost., riconoscendo al titolare della funzione giurisdizionale, in taluni casi, la possibilità discostarsi dal modello processuale del rito di riferimento, quando ciò meglio garantisca effettività della tutela ed economia del processo in coerenza con l'art. 24 della Costituzione[88].

L'attuale quadro normativo, quindi, appare compatibile con una azione semplificata in cui il giudice amministrativo possa contestualmente svolgere la necessaria e preventiva attività di accertamento sull'illegittimità del provvedimento o del silenzio e, contestualmente, determinare le condizioni per il concreto rilascio del provvedimento, anche quando non siano stati raccolti elementi sufficienti per la condanna diretta, sollecitando con i suoi poteri istruttori il completamento del procedimento amministrativo.

Nella descritta direzione di "sintesi" va, ad esempio, la recente scelta del legislatore di riformare il procedimento sommario di cognizione nel codice di procedura civile[89] realizzata dal'art.5, alla lettera n) della legge n. 206/2021 che dispone i criteri di delega volti a trasformarlo in un "procedimento semplificato di cognizione" nelle ipotesi in cui i fatti di causa siano tutti non controversi; l'istruzione della causa si basi su prove documentali o di pronta soluzione; oppure sia richiesta un'attività istruttoria costituenda non complessa.

---

[86] Il riferimento è all'art. 17, comma 7, lett. a), legge n. 113 del 2021.

[87] Sul tema, S. FOA', *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli 2012.

[88] Sul tema. M.CLARICH, *Tipicità* op. cit., p. 582 che ricorda la già richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 con la quale è stato affermato il principio della piena tutela dell'interesse legittimo in giudizio che comporta il corollario dell'adeguatezza dei poteri per il giudice.

[89] Introdotto dalla legge n. 69/2009 che ha disciplinato detto procedimento agli artt. 702-bis, 702-ter e 702-quater del Capo III-bis, del Titolo I del Libro Quarto.

ISSN 2036-7821

Su tali presupposti, il d.lgs. 10 ottobre 2022 n.149, attuativo della delega, ha abrogato gli artt. 702 bis, *ter e quater* del codice di procedura, introducendo il nuovo art. 281 *decies* che prevede la possibilità per il giudice, valutata la maturità della causa per la decisione, di disporre con ordinanza la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario, se ritiene debba svolgersi un'istruttoria complessa, o di fissare una udienza per la discussione orale , per poi decidere, sulla base dei mezzi di prova allegati, la questione in modo definitivo. Così che tale rimedio, da sommario diviene semplificato, costituendo di fatto un giudizio a cognizione piena, alternativo all'ordinario giudizio di cognizione.

Se non ostano ad una tutela effettiva della pretesa i poteri esercitabili dal giudice, è alla natura stessa della giurisdizione amministrativa e alla sua specialità che bisogna guardare per comprendere e ridefinire, senza forzature, il limite alla possibilità di condannare l'amministrazione al materiale rilascio del provvedimento, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva che non può essere estesa al merito.

Ciò, partendo dal dato acquisito per cui, nell'ipotesi di attività discrezionale non esercitata, la sostituzione del giudice all'amministrazione non è ammissibile, sulla base del più volte richiamato divieto imposto dall'art. 34, mentre, quando non venga in rilevo l'esercizio del potere autoritativo, è dubbia e dibattuta la stessa giurisdizione amministrativa, ritenendo le corti superiori sia amministrativa che ordinaria che in questo caso si debba avere riguardo alla natura della pretesa fatta valere in giudizio[90].

Tanto a prescindere che si qualifichi il silenzio come inadempimento o come diniego, ipotesi quest'ultima, come visto, già tentata dall'ordinamento alle origini, ma

[90] Cfr. Cons Stato, sez. IV, 7 giugno 2017, n. 2751 per il quale "con la procedura di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., in tema di silenzio della p.a., sono tutelabili unicamente le pretese che rientrino nell'ambito della giurisdizione amministrativa, nel senso che le controversie sull'assetto degli interessi regolato dal mancato diniego espresso rientrino in una materia devoluta alla giurisdizione del plesso amministrativo e siano giustiziabili, nel senso che sia ravvisabile un dovere della p.a. di provvedere. Il rito speciale del silenzio in questione non ha lo scopo di tutelare, come rimedio di carattere generale, la posizione del privato di fronte a qualsiasi tipo di inerzia comportamentale della p.a., bensì quello di apprestare una garanzia avverso il mancato esercizio di potestà pubbliche discrezionali". Di recente, T.A.R. Latina, (Lazio) sez. I, 06/06/2022, n.516 secondo cui è inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso proposto per la declaratoria dell'obbligo di provvedere con un provvedimento espresso relativamente al silenzio serbato dalla Questura di Latina, con riferimento all'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di famiglia, che è oggetto di un diritto soggettivo.

In proposito, anche la Corte di Cassazione ha stabilito che "il ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione, previsto dal D. Lgs. n. 104 del 2010, art. 117, quale strumento processuale di tutela contro l'inerzia della stessa p.a., non fonda bensì presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo sulla pretesa sostanziale alla quale si riferisce la dedotta inerzia, non determinando una ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva di detto giudice, per cui è alla natura di tale pretesa che occorre avere riguardo ai fini del riparto della giurisdizione (cfr. Cass S.U. 18152/2015).

ISSN 2036-7821

accantonata per l'impossibilità, condivisa anche della Corte Costituzionale[91], di associarvi una presunzione di consumazione del potere[92].
Peraltro, l'istituto del silenzio diniego è giustamente guardato con sospetto ed è residuale nel nostro ordinamento che lo prevede in pochi casi, fra cui, quello del diritto di accesso documentale, su cui si tornerà in seguito. Ciò in quanto esso "autorizza" la violazione del principio della buona amministrazione sancito dall'art.97 Cost., rispetto all' obbligo di provvedere in modo espresso che, dopo l'introduzione dell'art. 2 della L. 241 del 1990, costituisce un principio generale del nostro ordinamento [93].
A ben vedere, infatti, l'effettività della tutela degli interessi legittimi in caso di inerzia, come è stato giustamente osservato, non può avvenire con i modi di protezione dei diritti soggettivi, essendo diverso l'esercizio della funzione giurisdizionale del giudice del diritto pubblico rispetto a quello del diritto privato[94].

4. La posizione giuridica tutelata nell'azione verso il mancato esercizio del potere nel conflitto fra giurisdizioni. Une interesse legittimo rafforzato?
Ricostruito in termini di supremazia il rapporto pubblicistico fra amministrazione e privato che attende il provvedimento, ne discende che all'obbligo di provvedere

[91] La Corte costituzionale in più occasioni ha precisato che il mancato esercizio delle attribuzioni da parte dell'Amministrazione entro il termine stabiliti per la conclusione del procedimento, non comporta ex se, in assenza di espressa previsione, la decadenza del potere di provvedere. Cfr. Corte Costituzionale, 18/07/1997, n. 262 e l7/07/2002, n. 355; M.T. Sempreviva, Atto amministrativo, nota a sentenza Corte costituzionale 16 marzo 2013, n. 39 in Urbanistica e appalti, 2013, 5, 530.

[92]A parere del Consiglio di Stato, infatti, la scadenza del termine previsto per la conclusione dell'istruttoria, non determina la consumazione del potere di provvedere in capo all'Amministrazione, né tantomeno l'illegittimità del provvedimento adottato dopo la scadenza. Cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 27/02/2012. In dottrina G. CORSO, *art. 34*, in *Il processo amministrativo – Commentario al d.lgs. 104/2010 (a cura di* A. Quaranta – V. Lopilato*)*, Milano, 2011, pag. 339.

[93] Così, T. A.R. Napoli, 5 ottobre 2020 n. 4280 (che richiama cfr. Cds., sez. III n. 5601/2014), pronunciandosi sull'obbligo di un Comune di restituire alcuni terreni illegittimamente occupati o di acquisirli secondo il procedimento previsto dall' art. 42 bis d.P.R. n. 327/2001, ha ritenuto che << Rispetto all'interesse qualificato e differenziato del proprietario a superare la situazione di incertezza circa la sorte della sua proprietà, determinatasi a fronte della mancata conclusione del procedimento espropriativo ovvero della sua mancata attivazione, è senz'altro speculare l'obbligo dell'Amministrazione - che con la sua azione ha determinato la perdita del possesso del bene da parte del privato - di prendere posizione espressa sull'istanza proposta ex art. 2 L. 241/1990, che trova il suo presupposto nelle esigenze di giustizia sostanziale e nei principi di imparzialità, buon andamento e corretta amministrazione (art. 97 Cost.) che fanno sorgere, nel loro insieme, una legittima e qualificata aspettativa ad una esplicita pronuncia dell'Amministrazione, con cui si chiarisca definitivamente se sussiste la volontà di procedere all'attivazione del procedimento di acquisizione sanante, col pagamento degli indennizzi previsti dall'art. 42 bis d.P.R. n. 327/2001>>.

[94] Di questo avviso, R. VILLATA, *Sul nuovo processo amministrativo*, in R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 104 cui si rinvia per la puntuale ed articolata ricostruzione delle diverse posizioni sul tema. Tale precisazione evidenzia il ruolo del giudice amministrativo come giudice speciale dell'azione azione amministrativa che è e deve rimanere distinto dal giudice ordinario, senza cedere, come ha correttamente evidenziato, alla tentazione sminuente di inseguirlo Cfr. M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?* in Dir. *Proc. Amm. 1/2012* p. 46-78.

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione non può corrispondere un diritto alla risposta del privato, dovendosi configurare quale interesse legittimo la posizione di colui che attende che l'amministrazione riscontri la propria istanza[95], come di recente affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di stato nella sentenza 23 aprile 2021 n. 7 in materia di risarcimento del danno da ritardo[96].

Non è, pertanto, condivisibile il diverso orientamento della Corte di Cassazione risalente alle ordinanze delle Sezioni Unite nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, recentemente ribadito, che rivendica alla giurisdizione ordinaria l'ipotesi di una pretesa risarcitoria per lesione dell'affidamento all'emanazione di un provvedimento amministrativo, fondandola su una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede[97]. Tanto, come noto, sul presupposto che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato consegua alla violazione di regole sul rapporto inquadrabile nello schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c.

In particolare, arresti recenti del massimo organo della giurisdizione civile hanno ritenuto applicabile tale orientamento non solo nell' ipotesi in cui il danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo <<ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione>>[98].

Inoltre, la Cassazione ha, in alcune pronunce, operato una distinzione fra le ipotesi in cui il danno lamentato dal privato sia ricollegabile al mancato esercizio di un potere autoritativo discrezionale, in cui la controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7 c.p.a. e le ipotesi in cui, il privato denunci l'omesso compimento di un'attività vincolata, ricondotte alla propria giurisdizione[99].

Senonché, come dimostra proprio il caso della presente indagine, all'obbligo di provvedere (in senso positivo o negativo) non corrisponde una posizione di diritto soggettivo in capo al privato neanche dinanzi ad un potere vincolato.

La descritta posizione non appare, infatti, coerente con il criterio generale di riparto di giurisdizione, compatibile con la tesi portata avanti nel precedente paragrafo e condiviso in altre sentenze dalla stessa Corte di Cassazione che attribuisce al giudice ordinario solo le controversie che abbiano ad oggetto comportamenti

[95] In questo senso T.A.R. Torino, sez. II, 04/10/2022, n.790.

[96] In particolare, il Consiglio di Stato ha escluso la natura contrattuale della responsabilità amministrativa sul presupposto che nell'attività provvedimentale <<la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di "supremazia", cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul "contatto sociale" che si fondano sulla relazione paritaria>>.

[97] Cfr. Cass., Sez. Un., 12/11/2021, n. 33851; 29/07/2021, n. 21768; 2/07/2015, n. 13568.

[98] Cfr. Cass. Sez. Unite Ordinanza n. 8236 del 28/04/2020.

[99] Cfr. Cass., Sez. Un., 16/12/2016, n. 25978.

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione privi di ogni interferenza con un atto autoritativo, <<in quanto non configurabile neppure mediatamente come espressione dell'esercizio di un pubblico potere>>[100] e sempre che ad essi corrisponda una posizione di diritto soggettivo[101].

Rifacendosi a tale ultimo criterio, va considerata la posizione del privato nei confronti del mancato esercizio del potere.

Diversi, infatti, sono gli elementi, sia nella legge sul procedimento amministrativo che nel codice processuale che fanno propendere per la qualificazione della posizione soggettiva di chi attende un provvedimento, come interesse legittimo.

Innanzitutto, come visto in precedenza, l'azione contro il silenzio riguarda soltanto l'attività provvedimentale in cui l'amministrazione agisce d'autorità e nella quale il privato non fa valere pretese di carattere paritario, come già evidenziato dalla richiamata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha preso posizione rispetto al citato diverso orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

E' importante, a questo punto, sottolineare, per lo sviluppo del ragionamento che si sta svolgendo, come l'utilizzo del termine inadempimento riferito al silenzio, contenuto nel comma 2 dell'art. 31, non sia da ricondurre alla categoria civilistica della prestazione negoziale, ma al dovere pubblicistico di provvedere, cui corrisponde l'esercizio di un potere autoritativo, in mancanza del quale, rientra pienamente nell'ambito della giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 7 c.p.a. la tutela dell'aspettativa lesa.[102]

In questo senso, la distinzione operata dalla Cassazione fra l'ipotesi in cui l'inerzia dell'amministrazione sia stata assoluta e, quindi, non sia stato possibile maturare per il privato un affidamento, e quella in cui, invece, lo svolgimento di una parziale istruttoria favorevole abbia determinato una lesione diretta al bene della vita e, pertanto, mutato in diritto soggettivo tutelabile dinanzi al giudice ordinario la posizione dell'istante, è da contrastare.

Tale interpretazione, infatti, finisce per avallare la lettura restrittiva dei poteri del giudice amministrativo nell'azione avverso il silenzio per cui lo stesso non potrebbe andare oltre l'accertamento del mancato esercizio del potere e la conseguente condanna dell'amministrazione a provvedere quando, invece, secondo il già

[100] Cfr. Cass., Sez. Un., 27/07/2022, n. 23436, in *Giustizia Civile Massimario* 2023.

[101] Come nelle ipotesi in cui l'atto o il provvedimento di cui la condotta dell'Amministrazione sia esecuzione non costituisca oggetto del giudizio, facendosi valere unicamente l'illiceità del comportamento del soggetto pubblico ai sensi dell'art. 2043 c.c., suscettibile di incidere sull'incolumità e i diritti patrimoniali del privato. Cfr. Cass., Sez. Un., 12/11/2020, n. 25578; 29/12/2016, n. 27455.

[101] Cfr. Cass. Saz. Unite Ordinanza n. 8236 del 28/04/2020.

[102] Viene in rilevo sotto questo profilo anche il più volte richiamato art. 34 del codice, in combinato con l'art. 31 primo comma, che escludono la possibilità che i poteri del giudice amministrativo siano esercitabili a prescindere dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere, in quanto legati o a un provvedimento emesso di cui si denunciano vizi di legittimità o a un comportamento silente quando siano decorsi i termini per provvedere.

ISSN 2036-7821

richiamato principio di concentrazione delle forme di tutela previsto dall' art.7 comma 7 c.p.a., al giudice amministrativo è attribuita ogni forma di tutela dell'interesse legittimo, compresa quella relativa alla soddisfazione diretta della pretesa, come sancito dall'art. 31 comma 3, nell'ipotesi in cui, pur in presenza di un potere non vincolato dell'amministrazione, l'istruttoria procedimentale sia stata totalmente o parzialmente svolta e siano stati vagliati i profili discrezionali dell'azione.

Riporta all'interesse legittimo anche il principio, affermato nella stessa pronuncia del Consiglio di Stato sopra richiamata e che costituisce corollario del primo elemento, per cui il danno da inerzia o da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo non è risarcibile *ex se*[103], ma nella misura in cui sia possibile al privato provare che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia dipesa da colpa grave o dolo e sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sua sfera giuridica[104].

Ancora, la circostanza che l'art. 30 c.p.a., nel prevedere, al comma 4, fra le azioni di condanna, quella volta al risarcimento del danno per inosservanza dolosa o colposa del termine di concludere il procedimento, la collega al precedente comma 3 in materia di risarcimento per lesione di interessi legittimi, e al termine in esso previsto di 120 giorni.

Infine, la considerazione che, anche quando sia prevista la possibilità di una condanna al rilascio del provvedimento, l'accertamento del giudice, pur in presenza di attività vincolata, ha come oggetto immediato l'obbligo gravante sull'amministrazione di provvedere e la sussistenza di tutti presupposti per l'emanazione del provvedimento e solo in via mediata la pretesa del privato.

Ciò in quanto, come osservato in un recente orientamento del Consiglio di Giustizia amministrativa siciliano, la circostanza che il potere amministrativo sia vincolato, ovvero predeterminato dalla legge nell' *an* e nel *quomodo*, non comporta in ogni caso

---

[103] Per un approfondimento, A. COLAVECCHIO, *Interessi procedimentali e tutela risarcitoria. La questione della risarcibilità del danno della violazione delle regole sul tempo del procedimento, affrontata alla luce degli studi di Enrico Follieri* in V. FANTI (a cura di) Diritto e Processo Amministrativo. *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, I, Napoli, 2019, p. 811 e ss.

[104] Cfr. Consiglio di Stato Ad. plen, 23 aprile 2021, n. 7 secondo cui la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimentale sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano (e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale), per cui è necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita.

Già in precedenza, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare come l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia i presupposti di carattere oggettivo (danno e suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante) (cfr. Consiglio di Stato, II, 12 aprile 2021, n. 2960 con richiami a C.G.A.R.S., 16 maggio 2016, n. 139; Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1768; Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182; Sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638).

ISSN 2036-7821

la sua trasformazione << in una categoria civilistica, assimilabile ad un diritto potestativo, perché l'atto vincolato è sempre esercizio del potere autoritativo, in quanto espressione di supremazia o di funzione>>, potendosi configurare anche come "finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico" e, dunque, come forma di esercizio del potere amministrativo autoritativo la cui verifica va attribuita alla giurisdizione amministrativa[105].

Si tratta, comunque, di un peculiare tipo di interesse legittimo rinforzato, come si può ricavare da alcune previsioni che tendono a distinguerne la tutela rispetto alla figura generale, fra cui la possibilità riconosciuta, dall'art.31 comma 2, di riproporre l'istanza oltre il termine di decadenza dell'azione, in deroga al consolidato principio giurisprudenziale per cui il titolare di interessi pretensivi non possa ottenere la riapertura di procedimenti già definiti in sede amministrativa o rimettere in discussione provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili[106], e come la scelta di assegnare la materia del silenzio alla giurisdizione esclusiva, recante la implicita considerazione da parte del legislatore che la materia possa investire anche diritti soggettivi.

Sotto questo ultimo profilo, è interessante considerare il dato per cui la giurisprudenza ha differenziato, nelle molteplici ipotesi di mancato esercizio del potere, l'interesse legittimo alla risposta, a seconda che alla inosservanza del termine speciale o generale per la conclusione del procedimento, corrisponda o meno un preciso obbligo giuridico di provvedere sulla istanza del privato.

Qualora, infatti, l'interesse legittimo pretensivo alla emanazione di un provvedimento è correlato ad un preciso obbligo di provvedere che sussiste, non solo nei casi previsti dalla legge, ma anche nelle ipotesi in cui l'obbligo di provvedere discenda da principi generali dell'ordinamento, al giudice deve essere riconosciuta la possibilità di accertare ogni possibile profilo di allontanamento dell'amministrazione dal modello legale, anche se la decisone presenti profili di discrezionalità, non

[105] Così, Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802, con nota di A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione*, in *Gustizia insieme,* 18 11. 2021. Il quale distingue l'ipotesi in cui il potere vincolato è finalizzato a soddisfare interessi pubblici, dove il potere esercitato <<resta autoritativo e quindi resta la giurisdizione amministrativa>>; da quello in cui il potere non sia vincolato a interessi pubblici per cui l'atto non è esercizio del potere amministrativo, <<ma soddisfa interessi privati e quindi ha bisogno d'una capacità privata dell'amministrazione, che possa gestire diritti soggettivi, propri e altrui. Il che spiega la giurisdizione ordinaria>>. Sul tema si veda A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria,* Milano, 1975, 113 ss; .G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2021, 42 secondo cui <<Anche i poteri vincolati sono rivolti al perseguimento dell'interesse pubblico (negli esempi fatti, alla certezza dell'identità delle persone …): ma ogni valutazione relativa ad esso è stata assorbita dalle norme che regolano l'attività, sicché seguire le norme significa al tempo stesso perseguire l'interesse pubblico da esse definito e in esse in qualche modo incorporato.>> F. FRANCARIO, *Garanzia degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa,* Napoli, 2019, 317 ss.

[106] Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 marzo 2015 n° 1182; sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181; 6 ottobre 2001, n. 5307; 9 agosto 2005, n. 4227.

ISSN 2036-7821

potendosi ritenere, in questi casi, compreso nel ventaglio delle opzioni dell'amministrazione, anche quella di non provvedere.

Tali situazioni sono state ricollegate, ad esempio, alla sussistenza di particolari ragioni di giustizia sostanziale[107], ovvero di particolari rapporti esistenti tra amministrazioni ed amministrati i quali impongano l'adozione di un provvedimento espresso[108].

Diversamente, quando la discrezionalità è massima, inerendo a scelte di indirizzo politico o espressione dell'autonomia dell'ente, il non provvedere non può essere sanzionato, configurandosi esso stesso come scelta non sindacabile[109]. Non sussiste, infatti, l'obbligo di provvedere in caso di atti espressione di un potere tipicamente discrezionale nell' *an*, dovendo essere riconosciuta ad eventuali istanze rivolte all'esercizio di siffatto potere una funzione meramente sollecitatoria.

E' il caso del riesame in autotutela di un provvedimento, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di verifica della legittimità dell'atto amministrativo e configurandosi la posizione del privato, in questo caso, quale mero interesse di fatto[110], ma anche il caso della richiesta volta all'emanazione di ordinanze *extra ordinem.*[111]

Nelle ipotesi intermedie in cui, invece, l'obbligo per l'amministrazione di provvedere discende dall'art. 2 comma 1 della legge generale sul procedimento, l'indicazione contenuta all'art. 31 comma 3 c.p.a. che consente al giudice di pronunciarsi anche sulla spettanza della pretesa solo se non residuano ulteriori margini di esercizio della

---

[107] Di questo orientamento il Tar Campania, Napoli, sez. V, nella sentenza 29 aprile 2019, n. 2293 sul diritto del proprietario di ottenere dall'amministrazione la dichiarazione di inservibilità di un terreno colpito da decreto di esproprio, ma non utilizzato, perché ne sia possibile la restituzione.

[108] In questo senso si è pronunciato il Consiglio di Stato, sez. III, 14 novembre 2014, n. 5601, in una fattispecie relativa ad una richiesta avanzata da parte del proprietario di un immobile abusivamente occupato da parte di esponenti di un centro sociale e volta all'esercizio del potere di sgombero, ritenendo sussistente l'obbligo della PA di provvedere, poiché l'abusiva occupazione di un bene, seppur privato , determina la sussistenza di ragioni di giustizia sostanziale che richiedono anche l'intervento dell'amministrazione a tutela dell'incolumità pubblica.

[109] Di questo tenore la sentenza C.d.S. del 09.03.15 che ha ritenuto non sussistere l'obbligo di provvedere su una istanza presentata ad un ente locale di modificare un regolamento, in considerazione del carattere normativo ed organizzatorio del potere regolamentare esercitato dalla p.a., le cui scelte spettano esclusivamente all'Ente locale.

[110] La giurisprudenza sul punto è vasta e consolidata. Per richiamare recenti arresti, si veda Consiglio di Stato sez. III, 5 ottobre 2022, n.8535 che riconduce alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione il potere di riesame assegnando alle eventuali istanze di parte, valore di mera sollecitazione. In senso conforme, T.A.R. Campania, Napoli, sez.VIII, 7 ottobre 2021, n. 6351 che ha ribadito la non sussistenza dell'obbligo di provvedere a fronte del sollecito di annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990 avanzata nei confronti di un provvedimento amministrativo, ormai inoppugnabile. Il principio è stato affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 13/07/2017, n. 181, in cui a proposito dell'autotutela tributaria la Corte ha sostenuto che la stessa costituisce un potere esercitabile d'ufficio da parte delle Agenzie fiscali sulla base di valutazioni largamente discrezionali, e non uno strumento di protezione del contribuente, <<sicché il privato può naturalmente sollecitarne l'esercizio, ma la segnalazione non trasforma il procedimento officioso e discrezionale in un procedimento ad istanza di parte da concludere con un provvedimento espresso>> in *Diritto Processuale Amministrativo* 2018, 2 , 686 .

[111] Cfr. T.A.R. Genova, (Liguria) sez. I, 25 novembre 2022, n.1013.

ISSN 2036-7821

discrezionalità, se da un lato ha ampliato la possibilità di soddisfazione diretta della pretesa prima circoscritta all'ipotesi di mancato esercizio di un potere vincolato, appare ancora insufficiente ad assicurare una tutela diretta del bene della vita, non essendo di facile determinazione l' accertamento dell' esaurimento della discrezionalità nel giudizio amministrativo.

Nei casi di attività discrezionale, infatti, il sindacato del giudice amministrativo resta comunque esterno, ossia limitato alla verifica se il potere sia stato correttamente esercitato o meno, con la sola eccezione, individuata dalla giurisprudenza dei casi di attività "vincolata in concreto", ossia nei casi in cui l'amministrazione, attraverso il meccanismo del c.d. autovincolo, abbia azzerato la discrezionalità prevista a livello normativo[112].

Fuori da tale ipotesi, infatti, difficilmente al giudice sarà possibile superare eventuali eccezioni dell'amministrazione sulla necessità di svolgere ulteriore attività, a meno che le stesse non risultino evidentemente dilatorie e strumentali. Ciò anche se i profili da vagliare siano di discrezionalità prevalentemente tecnica come nel caso di rinnovazione di una concessione, a seguito di una istanza di subentro.[113]

Infine, fuori dai casi espressamente previsti dall'art. 31 comma 3, come chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 71/2015, non potendo il giudice amministrativo inserirsi nel circuito della decisione politico- amministrativa[114], la tutela non può, allo stato, che realizzarsi in due fasi, quella della condanna a provvedere e quella eventuale dell'esercizio del potere sostitutivo in sede di ottemperanza e si potrà giungere ad attribuire al ricorrente il bene della vita solo entro i limiti del giudicato che coincidono con il perimetro di sindacabilità della pretesa sostanziale da parte del giudice amministrativo.

Pertanto, per le ipotesi di attività discrezionale parziale o carente, di effettività della tutela si deve parlare non solo in relazione alla natura della posizione giuridica fata valere, quanto e soprattutto in relazione alla tempestività con cui essa viene garantita nel suo complesso, atteso che i tempi per ottenere una definitiva determinazione amministrativa attraverso la successione di procedimento e processo nella sequenza inerzia – condanna – ottemperanza –esecuzione – , potrebbero vanificare l'utilità perseguita dal ricorrente, rendendo irrealizzabile in forma specifica l'obbligazione nascente dal giudicato.

---

[112] Tale ipotesi, viene infatti ricondotta alla previsione di cui all'art. 31, comma 3, c.p.a. che consente al giudice di pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, non solo quando si tratta di attività vincolata in astratto (ossia vincolata già a livello normativo), ma anche quando, per effetto di vincoli esterni di carattere non normativo o di autovincoli, risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. Cfr. T.A.R. Trento, sez. I, 23/05/2022, n.99.

[113] Cfr. T.A.R. Roma, sez. II, 04/02/2020, n.1492.

[114] Nella citata sentenza, la Corte ha infatti ribadito che il giudice amministrativo, nel caso di ricorso avverso il silenzio ex art. 117 c.p.a., non può condannare la P.A. all'adozione di un atto specifico, dovendosi limitare all'accertamento dell'obbligo generico di provvedere entro il termine all'uopo fissato.

ISSN 2036-7821

Tanto più che l'ordinamento si limita ad individuare in capo all'amministrazione, in questi casi, una responsabilità di tipo contrattuale che l'art. 112, comma 3, c.p.a. sottopone ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica, per cui l'impossibilità di adempiere in forma specifica non fa venire meno l'obbligazione <<ma la converte, *ex lege*, in una diversa, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica>> [115].

Tale forma di monetizzazione della pretesa insoddisfatta, oltre a provare l'insufficienza degli strumenti processuali di tutela nei confronti del mancato esercizio del potere a fare giustizia in un tempo utile alla realizzazione dell'interesse sostanziale, lede il principio del giusto processo[116] ponendo i privati, talvolta costretti alla resa per sfinimento, in una situazione di minorità[117].

Sebbene, infatti, come è stato giustamente notato, la considerazione del tempo procedimentale come autonomo bene della vita sia un valore aggiunto nell'ordinamento più recente e comporti la possibilità di essere risarciti per equivalente e per il danno da ritardo nella conclusione del procedimento[118], proprio tali garanzie rischiano di porsi come limiti alla effettività della tutela in ambito processuale, offrendosi come alternative alla materiale soddisfazione della pretesa che, però, resta l'unico modo di assicurare una tutela piena ed effettiva e il fine intrinseco della stessa funzione giurisdizionale[119] .

5. *Obbligo di provvedere e tutela della pretesa in sede processuale; si intravede qualche spiraglio.*

Il richiamato articolo 2 della legge sul procedimento amministrativo, stabilendo che le amministrazioni hanno il dovere di concludere il procedimento con provvedimento espresso, costituisce attuazione di un principio generale rafforzato dal più recente inserimento nell'art. 1 della legge n. 241/90 del comma 2-bis, in base al quale i rapporti fra pubblica amministrazione e cittadino devono essere improntati alla buona fede e alla collaborazione in tutta l'attività amministrativa e non solo in quella di tipo non autoritativo, già regolata dalle norme di diritto privato in cui detti principi operano pacificamente.

---

[115] Consiglio di Stato ad. plen. 12/05/2017, n. 2, in *Foro Amministrativo* (Il) 2017, 5, 1012.

[116] L. IEVA, *Riflessioni sul principio costituzionale del giusto processo applicato al giudizio amministrativo* in *www.giust.it.*

[117] Secondo una evoluzione procedimentale e giurisdizionale che determina una crisi di cooperazione tra amministrazione e parte privata, risolvendosi in un rimpallo tra procedimento e processo, senza che sia possibile addivenire ad una definizione positiva del conflitto. Così Cons. Stato, 25/02/19 n.1321, in *diritti fondamentali.it*

[118] Sul valore del tempo nel rapporto fra effettività della tutela e ragionevole durata del processo M. INTERLANDI, *L'abuso del tempo nel processo amministrativo. Effettività della tutela e certezza del diritto* in L. DI SANTO (a cura di) *Diritto nel tempo e tempo nel diritto*, Milano, 2016. P.41 – 67.

[119] Sul tema, G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo,* in *Dir. Amm*. 3, 2013, p.401.

ISSN 2036-7821

Il dovere di concludere un procedimento in modo espresso ed entro un termine certo è divenuto, quindi, espressione di tale obbligo collaborativo, rispondendo alla necessità di evitare che il privato resti per un tempo indefinito sottoposto all'incertezza provocata da una condotta negligente e poco chiara della p.a.[120]
In questo senso, la possibilità prevista al comma 1 del citato articolo di emettere un provvedimento in forma semplificata con cui è possibile definire il procedimento nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda attraverso una motivazione sintetica, offrendo all' amministrazione un corredo strumentale per facilitare l'adempimento dell'obbligo di provvedere, implicitamente rimarca l'obbligo stesso, sebbene un orientamento giurisprudenziale, non condivisibile, tenda ad escluderlo.[121]
La certezza dei tempi dell'azione amministrativa e la doverosità dell'esercizio del potere vengono riconosciuti, quindi, come elementi qualificanti della riforma introdotta dalla legge sul procedimento, perché, secondo il giudice costituzionale, con l'art. 2 viene cristallizzata <<l'efficacia dell'obbligo di provvedere già esistente nell'ordinamento, con esclusione di ogni forma di insabbiamento di procedimenti, anche nelle fasi sub procedimentali>>, dando così <<applicazione generale a regole, in buona parte già enucleate in sede di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico>>[122].
Anche la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato, in più occasioni, come l'obbligo di conclusione del procedimento, previsto al detto art. 2, abbia il proprio fondamento giuridico nei principi costituzionali fondanti l'azione amministrativa ed in particolare "l'imparzialità", il "buon andamento", la "trasparenza", "l'affidamento"[123].

---

[120] G. MORBIDELLI, *Introduzione all'attività amministrativa*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2005.

[121] Secondo tale orientamento, non sussiste l'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento avviato d'ufficio o su istanza di parte nei casi limite di domande manifestamente assurde, o totalmente infondate e al cospetto di pretese illegali (Cfr. Consiglio di Stato Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2012 n. 4065). G. TROPEA, Recensione a N. ***POSTERARO***, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere* in *PA, persona e amministrazione*, 2/2018, p. 501

[122] Così si esprime la Corte Costituzionale già nella sentenza 23 luglio 1997, n. 262, in Giur. cost., 1997, p. 2406.

[123] Di recente, T.A.R. , Trento , sez. I , 30/09/2022 , n. 161 secondo cui in presenza di una formale istanza del privato, l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, non potendo rimanere inerte <<il legislatore, infatti, ha imposto alla P.A. di rispondere in ogni caso, tranne le ipotesi limite di palese pretestuosità, alle istanze dei privati nel rispetto dei principi di correttezza, buon andamento, trasparenza, consentendo alle parti di difendersi in giudizio in caso di provvedimenti lesivi dei loro interessi giuridici>>. In chiave evolutiva dell'orientamento si vedano, fra le tante, Consiglio di Stato, Sez IV, 2 novembre 2004, n. 7068, per cui l'obbligo dell'Amministrazione di rispondere alle istanze dei privati è "conforme agli obblighi di lealtà, correttezza e solidarietà, insiti nei principi di imparzialità e

ISSN 2036-7821

Dunque, qualora il silenzio non assuma un significato positivo, la sua qualificazione come rifiuto di provvedere, piuttosto che come diniego, si fonda sul diritto di chi si rivolge all'amministrazione di ricevere un atto scritto in cui l'amministrazione espliciti, anche succintamente, le ragioni del mancato accoglimento della sua istanza[124] radicato nel più generale interesse pubblico alla buona amministrazione[125].
In particolare, l'obbligo di provvedere scaturisce non soltanto da specifiche previsioni di legge attributive del potere amministrativo in capo alla p.a. da esercitare entro il termine ordinario previsto dall' art.2 o in quello *ad hoc* fissato da norme speciali, bensì anche dai principi informatori dell'azione amministrativa e dai doveri solidaristici di correttezza e buona fede che obbligano l'amministrazione a dare comunque riscontro al privato che vanta una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) della amministrazione.
Tale posizione è stata recentemente sostenuta dal Tar Lazio nell'ordinanza del 22 luglio 2021 n.8854, con cui ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36 comma 3 del T.U. Edilizia per violazione degli articoli 3, 97, 24 e 113 Cost. In particolare, secondo la ricostruzione operata nell'ordinanza di remissione, l'art. 36 comma 3 del DPR n. 380/01 violerebbe il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., in quanto l'attribuzione del significato di diniego al silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di sanatoria presentata dal privato creerebbe incertezza nel rapporto tra cittadino e soggetto pubblico, impedendo al primo di poter comprendere le ragioni del rigetto. La norma, inoltre, violerebbe i princìpi di buon andamento, imparzialità e trasparenza di cui all'art. 97, secondo comma, Cost., in quanto contrasterebbe con i doveri dell'amministrazione di concludere i procedimenti avviati su istanza di parte in tempi certi e con provvedimenti espressi,

---

buon andamento cui deve ispirarsi l'attività della P.A"; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2007, n. 5772, per cui "l'inerzia dell'Amministrazione è contraria ai principi di buon andamento della P.A. e dell'affidamento del cittadino nel corretto svolgimento dell'azione amministrativa che impongono la conclusione di ogni procedimento con un provvedimento espresso"; Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318; TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, 4 giugno 2010, n.1051, per cui "indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, sussiste ogniqualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (articolo 97 della Costituzione), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad una esplicita pronuncia".

[124] Sulla esigenza di approntare adeguate garanzie per il cittadino nei confronti dell'inerzia dalla p.a. A.M., SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio inadempimento in Il processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, p.510.

[125] In proposito, con particolare riferimento alla disciplina codicistica, S. PERONGINI, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, *in Dir. Proc. Amm.*,2010, p. 423 e ss. in cui si pone bene in evidenza come la tutela nei confronti del silenzio inadempimento, non sia posta nell'esclusivo interesse del privato leso dall'inerzia, ma si fondi sull'interesse pubblico al buon andamento amministrativo.

ISSN 2036-7821

motivati e preceduti da adeguato contraddittorio procedimentale. Conseguentemente, sarebbero violati gli artt. 24 e 113 Cost. in quanto mancando la possibilità di ricostruire l'iter logico valutativo seguito dall'amministrazione attraverso la motivazione, verrebbe leso il diritto costituzionalmente garantito di difesa, dovendo l'interessato proporre una impugnazione al buio e nell'incertezza più assoluta circa il grado di tutela che la propria posizione giuridica soggettiva potrà ricevere dal giudice.

La Corte, con la sentenza 16 marzo 2023 n. 42, ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate dal Tar Lazio[126] , svolgendo, tuttavia, nella motivazione, alcune considerazioni in ordine al profilo più interessante nell'analisi che si sta svolgendo che suscitano perplessità.

Ed invero, il profilo di illegittimità prospettato dal TAR Lazio in relazione alla impossibilità per il cittadino comprendere le ragioni del diniego, viene superato con l'argomento per cui nella maggior parte dei casi in cui si ricorre all'accertamento di conformità, la motivazione del diniego sarebbe ricavabile *aliunde* in quanto la domanda è presentata, generalmente, a seguito dell'emanazione di una ordinanza di demolizione nella quale l'amministrazione ha già manifestato le ragioni del suo intervento repressivo, dando conto dei profili di incompatibilità dell'intervento abusivo con la disciplina urbanistica del territorio, probabilmente coincidenti con quelli alla base anche del diniego di sanatoria[127].

Come riconosciuto dallo stesso giudice, però, questa considerazione vale per la maggior parte dei casi, ma non per quelli in cui l'istanza di accertamento è presentata spontaneamente per i quali l'argomento utilizzato dal giudice costituzionale non è utilizzabile, mancando totalmente parametri anche indiretti da cui trarre le ragioni della scelta tacita.

In ogni caso, questo orientamento della Corte costituzionale testimonia la rilevanza attribuita al tempo, nella prospettiva generale del buon andamento, in relazione, cioè, non solo della soddisfazione delle pretese dei privati, ma come fattore che incide sul corretto contemperamento di interessi pubblici di pari rilevanza.[128]

---

[126] Per motivazione insufficiente in ordine al requisito della non manifesta infondatezza della questione, non avendo il TAR rimettente, secondo i giudici costituzionali, fornito un quadro esaustivo e completo della cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento.

[127] Sul punto la Corte richiama l'orientamento del Consiglio di Stato espresso nella sentenza della sezione quarta, 3 aprile 2006, n. 1710.

[128] La previsione del silenzio diniego è ritenuta rispondente alla necessità e a favore della difesa del corretto assetto del territorio dagli abusi edilizi, la cui repressione costituisce attività doverosa per l'amministrazione (artt. 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001. Sotto ulteriore profilo, la definizione del procedimento di sanatoria con i tempi certi del silenzio-rigetto si coordina con la disposizione dell'art. 45 DPR 380/01 relativa alla persecuzione penale degli abusi edilizi che prevede la sospensione del procedimento penale sino alla decisione amministrativa sull'istanza di titolo in sanatoria, in ragione dell'effetto estintivo dei reati contravvenzionali derivante dal suo accoglimento. Tale norma, secondo i giudici, richiede un contenimento temporale del procedimento di sanatoria, non potendo il processo penale arrestarsi *sine die*.

ISSN 2036-7821

La speciale considerazione che il valore del tempo oggi riceve dall'ordinamento, consente, allora, di assegnare ad esso una posizione direttamente riconducibile all' articolo 2 della Costituzione come dovere inderogabile, funzionale alla piena realizzazione della persona come singolo e come società e di inserire il correlato obbligo di provvedere posto in capo all'amministrazione fra le prestazioni essenziali da garantire, ai sensi dell' art. 117 lett. m) Cost., in modo uniforme su tutto il territorio nazionale per evitare situazioni di disparità incompatibili con il principio di uguaglianza sancito all'art. 3 della Carta fondamentale[129].

Ed invero, gli strumenti di tutela del tempo possono ritenersi il controlimite a disposizione dello stato comunità nei confronti delle prerogative dello stato apparato, assistito, a sua volta, dai principi, già analizzati, di inesauribilità del potere e di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

Tali principi, infatti, devono essere messi in relazione necessaria con il fine dell'amministrazione che è quello di servire la comunità per cui, nell'ipotesi in cui entrino in conflitto con quelli a tutela della *societas*, non possono che recedere, tanto più in presenza di comportamenti, come l'inerzia, che si pongono come negazione del servizio dovuto al cittadino[130].

Di recente, la giurisprudenza ha offerto spunti interessanti di riflessione che sembrano aprire ad un bilanciamento dell'obbligo di provvedere con l'aspettativa del privato più rispettoso dell'assiologia appena richiamata.

In alcune pronunce, ad esempio, si è affermato il principio per cui, fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, la complessità dell'istruttoria e l'esigenza di

[129] In questo senso va la recente modifica apportata dall'art. 12, comma 1, lettera l), legge n. 120 del 2020 all'art. 29 della l. n. 241/90 che ha introdotto il comma 2bis. Secondo tale disposizione, infatti, attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti.

In dottrina M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa.* In A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, pp. 57-94..

[130] Sulle patologie del rapporto di servizio fra istituzioni e comunità e sulla responsabilità politica del legislatore di non affrontare il problema amministrativo investendo in misure organizzative e di valorizzazione delle risorse umane dell'amministrazione, di recente A. TRAVI, *Pubblica Amministrazione burocrazia o servizio al cittadino? Milano, 2022,* il quale, in relazione all'obbligo di provvedere entro un termine satisfattivo della pretesa evidenzia come invece, soprattutto le amministrazioni statali abbiano approfittato della possibilità loro concesso dall' art. 2 della legge sul procedimento di derogare al termine generale di conclusione del procedimento, senza incontrare resistenze politiche particolari in quanto <<la fissazione di un termine molto lungo per la conclusione del procedimento è ben gradita agli apparti amministrativi. Riduce, in partenza il rischio di contestazioni di responsabilità per i ritardi; evita i conflitti interni; resi più concreti dalla previsione legislativa di interventi sostitutivi dei dirigenti e di loro eventuale corresponsabilità nel caso di ritardi>> (p. 103).

ISSN 2036-7821

acquisire tutti gli elementi informativi non sottraggono l'amministrazione all'obbligo di provvedere nel termine stabilito per la conclusione del procedimento[131].
Tale orientamento si fonda sull'argomento centrale per cui l''obbligo di concludere il procedimento implica che nel termine previsto siano posti in essere tutti gli atti strumentali a tal fine necessari, compresi quelli istruttori, la cui adozione non comporti alcuno slittamento del termine finale laddove ciò non sia espressamente previsto e non vengano in rilievo ipotesi di interruzione o sospensione del termine. Nel sistema delineato dall'art. 2 della legge n.241/1990, dette ipotesi, infatti, sono tipiche e di stretta interpretazione[132], per cui, laddove le stesse non siano previste da alcuna disposizione normativa, il procedimento deve comunque concludersi entro il termine previsto dalla legge, quali che siano gli esiti[133].
Si tratta di una posizione innovativa rispetto a quella più risalente e ancora maggioritaria, secondo cui, invece, la scadenza del termine, anche perentorio, assegnato all'amministrazione non precluderebbe la possibilità di provvedere tardivamente[134] e consentirebbe la sua dilatazione per ragioni istruttorie e non solo[135].
Nella medesima direzione di circoscrivere nel tempo l'esercizio del potere pubblico, può essere collocato il principio giurisprudenziale del *one shot* temperato affermato di recente dal Consiglio di Stato in base al quale, a seguito di un primo annullamento giurisdizionale, è riconosciuta all'amministrazione, la facoltà di riesaminare una seconda volta la questione nella sua interezza, ma con l'obbligo di

[131] Così, in relazione all' obbligo di pronunciarsi sulla richiesta di iscrizione nella c.d. white list dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa, di cui all'art. 1, comma 532, l. 109 del 2012 si è pronunciato il T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, 01/06/2021, n.367, in 1 Foro Amministrativo 2021, 6, 1032. A sua volta, il T.A.R., Torino, sez. II, 20/09/2022, n.737, nel chiarire che in materia ambientale non si forma il silenzio assenso, a ciò ostando l'espressa previsione ha, però. dichiarato l'obbligo della Provincia di Alessandria di adottare la determinazione conclusiva del procedimento avviato con l'"istanza di variante non sostanziale alla autorizzazione integrata ambientale, ai sensi dell'art. 29-nonies, comma 1, del D.lgs. n. 152/2006 , sul presupposto che non potesse essere opposta all'istante come motivazione del mancato esercizio del potere la generica necessità di valutazione delle risultanze istruttorie, le quali devono essere necessariamente svolte entro il termine generale o speciale prestabilito nella norma attributiva del potere.

[132] cfr. TAR Torino, sentenza 12.04.2022, n. 345; TAR Lazio, Roma, sentenza n. 1461/2019; TAR Genova, sentenza n.233/2020.

[133] Tanto anche al fine di consentire agli istanti di valutare, alla luce dei riscontri forniti dall'amministrazione, la fondatezza o meno delle proprie doglianze e di impugnare l'eventuale provvedimento sfavorevole. Cfr. T.A.R. Roma, sez. III, 10.11.2022, n.14617: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 10.02.2021, n. 859; Cons. Stato, Sez. VI, 7.06.2018 n. 3460.

[134] Secondo questo orientamento, il carattere perentorio del termine, se implica e rafforza le responsabilità dell'ente e dei suoi funzionari per il caso di inosservanza di esso, non può comportare *sic et simpliciter* la decadenza del potere dell'amministrazione pubblica di provvedere in ordine all'istanza, a ciò ostando il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo. Cfr. Cons. Stato sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1870; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 19/02/2016, n.322.

[135] Ad esempio, secondo il T.A.R. Latina, sez. I, 8..7 2022, n.661 una risposta interlocutoria può impedire la formazione del silenzio inadempimento se l'ente procedente è a sua volta in attesa di un provvedimento propedeutico di altra amministrazione.

ISSN 2036-7821

valutare, in tale occasione, ogni profilo tecnico e discrezionale, essendole precluso, per l'avvenire la facoltà di riprovvedere.
Detto principio, ha osservato il massimo giudice amministrativo, <<costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi, essendo leso in caso contrario, infatti, il legittimo affidamento dell'aspirante beneficiario>>[136].
Sarebbe opportuno, allora, ripensare il principio di inesauribilità del potere amministrativo rendendolo compatibile, secondo l'attuale gerarchia dei valori dell'ordinamento, con l'azione di condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento e, quindi, con la possibilità per il giudice amministrativo, non solo di vagliare l'attività eventualmente svolta dall'amministrazione nel corso dell'istruttoria (totale o parziale) del procedimento mai concluso[137] al fine di accertare la sussistenza dei presupposti per una tutela diretta della pretesa, ma anche di contenere i tempi dell'istruttoria procedimentale mai avviata e la conclusione del procedimento. Il punto sarà ripreso nelle conclusioni.

6. *La disciplina dell'accesso come paradigma della trasformazione del dialogo fra cittadino e amministrazione nell' evoluzione del principio di trasparenza. L'imprescindibile mediazione del potere come tratto unificante e elemento caratteristico del rapporto.*

La trasparenza è principio generale dell'azione amministrativa rispetto alla quale riveste un ruolo centrale in quanto canone di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione e corollario del principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost.[138]
Tale principio ha assunto rilievo crescente, nel più generale ambito del diritto pubblico, come modello di quel rapporto peculiare, cui si è fatto riferimento nei

[136] Così Consiglio di Stato, sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480; sul medesimo orientamento cfr. anche Consiglio di Stato, sez. III, n. 660/2017; sez. IV, n. 1321/2019.

[137] In coerenza con il principio oramai consolidato, formatisi nell'ambito dei giudizi impugnatori, ma estensibile anche a quelli sui comportamenti, secondo cui una volta esaurita la fase discrezionale del procedimento, non è consentito all'amministrazione ritornare sugli aspetti già positivamente valutati, con un esito deteriore per il richiedente, configurandosi un tale comportamento <<quale lesione del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri>>. Così, Consiglio di Stato, sez. VI n. 3480/2022, cit.

[138] In questi termini si è espressa di recente la Corte Costituzionale nella sentenza 21 febbraio 2019 n. 20, che richiama a, sua volta, le pronunce n. 177 e n. 69 del 2018, n. 212 del 2017, evidenziando come siano direttamente riconducibili al principio di trasparenza gli obblighi di pubblicazione dei dati che l'amministrazione possiede e controlla.
R. MARRAMA, *La Pubblica Amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in Dir. proc. amm.1989, p.416 e ss. R. VILLATA, *La Trasparenza dell'azione amministrativa,* in V. GASPARINI CASARI, *Il pensiero giuridico di Antonio Amorth,* Milano, 2005, p. 521 e ss.

ISSN 2036-7821

paragrafi precedenti, che sorge fra amministrazione e privato nello svolgimento del potere pubblico.

Esso, quindi, si presenta, nella sua dimensione interna, come valore cui l'amministrazione deve tendere e non solo come obbligo cui conformarsi, secondo un modo di essere e di operare, fondato sull'apertura e sulla condivisione delle sue dinamiche e decisioni. [139]

Nella sua dimensione esterna, invece, la trasparenza si pone come garanzia per il cittadino, ma più in generale per chiunque venga in contatto con l'amministrazione, di poter penetrare il potere, guardandovi attraverso[140], con finalità che si sono andate via via ampliando nell'evoluzione che detto principio e il suo corredo strumentale hanno avuto nel nostro ordinamento[141].

La necessità di rendere conoscibili i processi di formazione delle scelte amministrative e di coinvolgere in essi il privato ha trovato, come noto, un primo sistematico riconoscimento nella legge n. 241/1990 che, <<abbattendo il tradizionale schermo del segreto amministrativo>>[142] ha introdotto alcuni istituti, quali il responsabile del procedimento, l'obbligo di motivazione, la partecipazione e, per quanto qui di interesse, l'accesso agli atti, già previsto in alcune discipline di settore[143], che assume carattere generale[144].

---

[139] Per una approfondita ricostruzione dell'evoluzione del principio della trasparenza dalle origini fino all'attuale configurazione come vero e proprio canone dell'organizzazione oltre che dell'azione amministrativa, ancora fragile e da consolidare, ma chiaramente affermato, cfr. E. CARLONI, *il paradigma trasparenza Amministrazioni, informazioni, democrazia*, Bologna, 2022. Secondo l'autore, la trasparenza <<si presenta a un tempo come obiettivo, strumento e principio>> che tuttavia si frammenta in un complesso sistema di strumenti che costituiscono un fattore di opacità che andrebbe semplificato (anche per non gravare irragionevolmente sull'attività degli uffici pubblici) proprio in relazione agli articolati obblighi di pubblicazione ed informazione, oggi posti in capo alla p.a. cui corrispondono ben tre forme di accesso da parte dei privati (procedimentale, civico e generalizzato).

[140] Nel senso di *trans-inpicere ossia* di guardare attraverso e all'interno. Così, G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa, in* F. MERLONI, *la trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

[141] F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in Dir.amm. n. 4, 2019.

[142] Cfr. Corte Cost. sent. n. 20/19, cit. Il principio di segretezza sia dell'organizzazione che dell'attività amministrativa caratterizzava gli ordinamenti che hanno preceduto le forme di stato sociale e sussidiario oggi prevalenti, costituendo un elemento costitutivo del potere stesso, che fondava la sua forza e la sua tutela sul concetto di supremazia ossia sulla legittimazione ad esso derivante dalla legge che lo sottraeva alla visibilità e al controllo da parte dei cittadini "sudditi". A. ORSI BATTAGLINI, L*'astratta e infeconda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, pp.569 e cc. Sulle peculiarità della della forma di Stato liberale A. CARETTI, P. CARETTI, U. DE SIERVO, Diritto costituzionale e pubblico, Torino, 2018, p. 24.

[143] Particolare rilevanza ha rivestito nello sviluppo del modello generale, l'accesso alle informazioni ambientali che recependo gli indirizzi venuti dalla Convenzione di Aarhus del 1998, introduce con il D.lgs. n. 195/05 una prima disciplina sistematica dell'accesso diverso da quello procedimentale in Italia in cui è prevista l' unica ipotesi in cui il '*quivis de populo*' può avanzare istanza di accesso documentale, attesa la straordinaria rilevanza della materia ambientale, tale da giustificare un controllo generalizzato. Sul tema, A. CONTIERI, G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali*, in M. A. SANDULLI, (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1066 e ss. In giurisprudenza, al riguardo, T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 14 marzo 2011, n. 2260.

ISSN 2036-7821

Tali istituti appaiono finalizzati a dare concretezza, per la prima volta, al modello costituzionale di amministrazione in cui il principio di legalità dell'azione amministrativa per come lo si ricava dagli articoli 97, 98 e 28 della carta fondamentale, secondo cui il potere merita tutela solo se esercitato legittimamente e responsabilmente, si coniuga con il principio di effettività della tutela giurisdizionale ricavato dagli articoli 24, 101, 103 e 113 Cost. che comporta la sindacabilità giurisdizionale sugli atti amministrativi a tutela degli interessi legittimi[145].

Nella prospettiva del presente studio, è questo il momento in cui l'ordinamento individua nel giudice amministrativo l'organo deputato a ristabilire l'equilibrio nel rapporto fra amministrati e amministratori, sebbene entro i limiti di ingerenza, già ricordati, posti a garanzia della separazione dei poteri[146].

Prima della riforma degli anni novanta, infatti, l'organizzazione e l'attività amministrativa erano ancora improntate al modello pre-costituzionale di stampo liberale fondato sugli *arcana imperii*"[147] in cui il cittadino, di fatto, poteva conoscere esclusivamente il provvedimento finale adottato in quanto <<non aveva gli strumenti idonei a rivelargli l'iter logico-giuridico da cui scaturiva il provvedimento>>[148],

Le scelte operate con la legge generale sul procedimento hanno, invece, posto il principio di trasparenza, già ritenuto immanente nell'ordinamento costituzionale[149], in un rapporto di stretta correlazione con il principio del contraddittorio, attraverso cui al privato è possibile partecipare al procedimento presentando osservazioni e documenti, con finalità sostanzialmente difensive ed in relazione a procedimenti

---

[144] M. WEBER, *Economia e società, Edizioni di comunità*, Milano, 1961, Vol. I, p. 53. Comportava che il cittadino potesse conoscere esclusivamente il provvedimento finale adottato e <<non aveva gli strumenti idonei a rivelargli l'iter logico-giuridico da cui scaturiva il provvedimento>>. Così, G. CORSO, *potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *la trasparenza amministrativa*, Milano, 2008. Il funzionario amministrativo, infatti, era tenuto a mantenere il segreto sulle attività svolte, secondo quanto imposto all'art 15 del dpr 10 gennaio 1957, n. 3.

[145] Di recente, sul tema, S. TUCCILLO, *Dialogo con le amministrazioni pubbliche e neutralizzazione del potere*, Napoli, 2023, p. 23.

[146] Sul rapporto fra sindacato giurisdizionale e potere amministrativo, In questo senso, Consiglio di Stato sez. IV, 02/09/2011, n.4975.

[147] La nota espressione utilizzata da Tacito, nelle Historiae (I, 4) e negli Annales (II, 36), è ripresa dalla Corta Costituzionale nella sentenza, 7 maggio 2002, n. 155 con cui il superamento del principio del segreto viene considerato indispensabile a garantire la democraticità dell'iter di formazione delle scelte pubbliche così come ricavabile dai principi costituzionali che presuppongono <<un processo continuo di informazione e formazione dell'opinione pubblica>>

[148] Così, G.C. DI SAN LUCA, *"Diritto di accesso e interesse pubblico"*, Napoli 2006; G. CORSO, *Potere politico e segreto*, in F. MERLONI (a cura di), *la trasparenza amministrativa*, Milano, 2008. Di sistema retto sugli arcana imperii

[149] R. MARRAMA, *La Pubblica Amministrazion*e, cit., il quale evidenzia la strumentalità della pubblicità (e, quindi dell'accesso) alla effettività del principio di trasparenza intesa come finalità "*di chiarezza, di comprensibilità, di non equivocità di una struttura e del suo agire, anche al fine di garantire l'affidamento dei cittadini*", direttamente riconducibile ai principi di imparzialità, buon andamento e legalità dell'azione amministrativa. Sul valore costituzionale della trasparenza come architrave dell'intero sistema U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzion*e, Padova, 1996.

ISSN 2036-7821

aventi ad oggetto provvedimenti restrittivi della propria sfera giuridica[150] in cui viene riconosciuto il principio processuale del diritto di essere sentiti[151].
In questa fase, i dati in possesso della pubblica amministrazione non sono pubblicati, ma sono accessibili, attraverso una richiesta che l'amministrazione può accogliere o negare, quei documenti già formati e nella disponibilità dell'amministrazione, rilevanti per la tutela di interessi privati, pubblici o diffusi, purché collegati al documento richiesto in modo diretto, concreto e attuale[152].
Il diritto di accesso si configura, quindi, prevalentemente come strumentale alla tutela del privato nei confronti di provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del richiedente.
Tuttavia, parte della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca già ne evidenziavano le potenzialità correlate al più generale fine dichiarato nell'art. 1 della legge sul procedimento, di <<assicurare un'effettiva trasparenza della pubblica amministrazione>>[153].
Ciò soprattutto con riferimento alla legittimazione all'accesso (ed alla correlativa tutela processuale) riconosciuta, oltre che alle persone fisiche, agli enti esponenziali di interessi collettivi e diffusi dotati di sufficiente rappresentatività e aventi finalità statutarie, direttamente ricollegabili all'oggetto dell'istanza, considerata strumentale <<al diritto alla trasparenza, alla corretta gestione e al buon andamento delle pubbliche amministrazioni>>.[154]
Esso, inoltre, opera anche nei procedimenti su istanza di parte, funzionali all'ottenimento di un provvedimento ampliativo, favorendo una partecipazione collaborativa, attraverso cui si garantisce al privato la possibilità di introdurre elementi istruttori o deduttivi suscettibili di apprezzamento da parte dell'organo procedente, secondo il modello prefigurato da Nigro fin dagli anni ottanta.[155]

---

[150]Sulla funzione difensiva della partecipazione procedimentale, F. BENVENUTI, Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. Trim, dir. Pubbl. 1953, 119 e ss, S. CASSESE, Il p*rivato e il procedimento amministrativo, in Arch.Giur. Serafini*, 1970, 25 e ss, A. SCOGNAMIGLIO, Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo, Milano, 2004, p. 4 e ss.

[151] M. D'ALBERTI, *La visione e la voce. Le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, *in Riv. Trim. Dir. Pubbl*. I/2000, p. 1 e ss.

[152]In particolare, l'accesso sia per le ipotesi di esercizio endoprocedimentale che esoprocedimentale, attiene sempre ad una attività di interesse ristretto. Esso appare, infatti, strumentale alla partecipazione procedimentale e, una volta concluso il procedimento, alla tutela giurisdizionale della posizione giuridica incisa dal provvedimento. In questo senso, F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza,* in www.federalismi.it, n. 8, 2013.

[153] T. MIELE, "*Il procedimento Amministrativo e il diritto di accesso*", G. Giappichelli,1995.

[154] Questo filone giurisprudenziale si è affermato specialmente in ordine a documenti amministrativi incidenti sull'ambiente e sugli interessi dei consumatori e degli utenti di pubblici servizi. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 marzo 2011, n. 2260; T.A.R. Campania Salerno, Sez. II, 02 aprile 2009, n. 1274; T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 1febbraio 2007, n. 724.

[155] M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione, in Riv. trim. dir. Proc. civ*., 1980, p. 226. Sulla portata collaborativa della partecipazione, M. RAMAJOLI, *Lo Statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge*

ISSN 2036-7821

Si tratta, però, di una collaborazione circoscritta alla singola pretesa attivata con il procedimento e quindi simmetrica, nel suo ambito oggettivo, alla partecipazione difensiva svolta nei procedimenti restrittivi sopra richiamati.
Peraltro, la finalità difensiva resta prevalente ed è presente anche nei procedimenti ad istanza di parte, attraverso la possibilità per il richiedente di presentare osservazioni volte a evidenziare eventuali profili di illegittimità dell'istruttoria e delle ragioni ostative che l'amministrazione ha il dovere di preannunciare, mediante il ricorso all'istituto del preavviso di diniego disciplinato dall'art. 10 bis, introdotto dalla legge n. 11 febbraio 2005, n. 15[156].
Bisognerà attendere la fine del primo decennio degli anni duemila perché il legislatore italiano indirizzi il sistema a garantire l'effettività del principio di trasparenza oltre il procedimento, attraverso misure volte a fornire al cittadino strumenti di controllo dell'efficienza dell'amministrazione dal punto di vista organizzativo e dell'uso delle risorse pubbliche, con il fine non più di tutelare specifiche posizioni giuridiche soggettive, ma di consentire una diffusa forma di controllo democratico e legittimazione da parte della comunità amministrata sugli amministratori[157].
Tale processo è favorito dall'affermazione in altri ordinamenti, soprattutto di *common law,* del paradigma di *open government*[158] che si pone l'obbiettivo di realizzare un nuovo livello di *governance* amministrativa.
L'idea di fondo è che per rafforzare il legame fiduciario tra la collettività e i pubblici poteri (*legitimacy*) devono essere conoscibili le modalità in cui vengono gestite le risorse pubbliche (*accountability*), favorendo la collaborazione dei cittadini nelle scelte politico - amministrative, cosi da poterle orientare (*partecipation)*[159].
Questo approccio, rafforzato dalle carte dei diritti e dalla giurisprudenza di matrice europea che riconoscono e valorizzano il diritto dei cittadini ad essere informati e a

---

n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo in Dir. proc. amm., fasc.2, 2010, p.461.

[156] Fra i numerosi riferimenti giurisprudenziali, si segnalano per l'accuratezza, Consiglio di Stato, sez. IV, 16/02/2010, n. 885 T.A.R. Napoli , sez. IV , 01/09/2022 , n. 5561.

[157] A. MEIJER, N. BURGER, W. EBBERS, *Citizens Citizens: Mapping participatory practices on the internet, in Electronic Journal of e-Governmen*t, 7, 1, 2009. Sia consentito un rinvio a B. MERCURIO, *Società e decisioni amministrative, profili evolutivi per una democraazia deliberativa,* Napoli, 2021.

[158]Per Open Government si intende un nuovo modello di governance della Pubblica Amministrazione, sia centrale che periferica, che attraverso l'utilizzo e l'implementazione della tecnologia, centrale quindi pe rlo sviluppo del modello è la digitalizzazione del Paese, e grazie ai nuovi modelli e alle tecniche di comunicazione favorisce la realizzazione di un rapporto più aperto e trasparente con i cittadini.

Per un approfondimento, V. SARTORI, Open government: what else?, in Istituzioni del Federalismo, anno XXXIV, n. 3/4, Rimini, 2013; M. CAPALBI, *Open government: un'amministrazione trasparente?, in Amministrativamente- Rivistadi diritto amministrativo,* fasc. 2, 2012; A. ALOIA, *Open Government. Tra digitalizzazione e trasparenza della P.A., in* www.diritto.it, 2014.

[159] D. LATHROP E L. RUMA, *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice, Sebastopol, O'Reilly Media*, 2010.

ISSN 2036-7821

conoscere, muta la prospettiva dell'accesso che da individuale e a domanda si tramuta in obbligo generalizzato di pubblicazione di atti individuati per categorie[160].
In Italia, esso è segnato da due tappe fondamentali, nel 2009 e nel 2012, legate a due paralleli processi di trasformazione del sistema amministrativo, quello dell'amministrazione di risultato, secondo cui il miglioramento dell'efficienza pubblica si raggiunge attraverso l'applicazione alla pubblica amministrazione del modello efficientista[161] e quello tendente a prevenire fenomeni corruttivi e di cattiva amministrazione.
In particolare, il primo vero passaggio da un'accessibilità individuale a una generale, priva di necessaria legittimazione soggettiva, si ha con d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150[162] che prevede l'accesso totale agli atti e alle informazioni relative all'organizzazione degli enti pubblici, al fine di testarne efficienza e produttività[163] in cui la trasparenza assurge a parametro per valutare e misurare i risultati della amministrazione nel suo complesso e individuale dei suoi dipendenti e dirigenti[164].

---

[160] Nel Trattato di Maastricht, la dichiarazione n. 17 già evidenziava l'importanza della trasparenza per rafforzare il carattere democratico delle Istituzioni, I codici di condotta del 1993 sull'accesso ai documenti di Commissione, Consiglio e PE, pur garantendo il più ampio accesso possibile, non prevedono forme di tutela introdotte, successivamente, nel 1997 con il Trattato di Amsterdam con cui il diritto di accesso diviene principio generale dell'UE e diritto fondamentale espressamente richiamato nella carta dei diritti fondamentali (art. 42), collegato al diritto alla buona amministrazione (art. 41). Il Regolamento 1049/2001 amplia ulteriormente il diritto di accesso legittimando qualsiasi cittadino dell'UE e qualsiasi persona fisica e giuridica risieda o abbia sede sociale in uno Stato membro. In caso di diniego è previsto il ricorso al Mediatore o al Tribunale per annullamento della decisione negativa o parzialmente negativa (Cfr. sentenza Turco c. Consiglio T-84/03; sentenza C-552/7). La Corte di giustizia UE, dal canto suo ha fissato il principio per cui l'interpretazione delle eccezioni previste all'art. 4, n. 1, della decisione 93/731, relativa all'accesso dei documenti del Consiglio, deve aver luogo alla luce del principio del diritto dell'accesso all'informazione e del principio di proporzionalità, di modo che, prima di negare l'accesso a un documento in quanto tale, il Consiglio è tenuto ad esaminare l'opportunità di accordare un accesso parziale ai dati non compresi nelle deroghe. Riguardo al principio del diritto all'informazione, detta decisione ha lo scopo di attuare il principio del più ampio accesso possibile dei cittadini all'informazione, al fine di rafforzare il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nell'amministrazione. Così, Corte di Giustizia UE, 02-12-2001, C-353/99, Hautala/Consiglio, sulla tutela dell'interesse pubblico in materia di relazioni internazionali - accesso parziali

[161] Sulla partecipazione del privato funzionale al miglior risultato in termini di servizio ricevuto dall'amministrazione G. SORRENTINO, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato,* Napoli, 2003, p. 188.

[162] Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

[163] L'art. 11 del D.L. 150/2009, poi abrogato dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, parlava di accessibilità totale "anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle istituzioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolte dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità".

[164] In proposito, la giurisprudenza dell'epoca ha avuto modo di evidenziare <<in virtù di recenti interventi normativi, le procedure amministrative di scelta dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni, unitamente al risultato delle correlative gestioni, sono state assoggettate ad un regime di "piena ed incondizionata pubblicità", a prescindere addirittura da una eventuale richiesta di soggetto specificamente interessato. Si fa riferimento al

ISSN 2036-7821

La riforma, che tende alla massimizzazione della produttività e alla responsabilizzazione dei dipendenti pubblici attraverso istituti volti a misurarne le *perfomance*, a vigilare sulla spesa pubblica e, più in generale, a migliorare la qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni[165], introduce una serie di obblighi di pubblicazione strumentali al controllo esterno, sebbene non ancora diffuso, sull'operato della p.a., espressamente escluso, in precedenza, dell'articolo 24 comma 3 della Legge 241/90 .

Ad essere accessibili non sono più i soli documenti del singolo procedimento ma, secondo l'art.11 del citato decreto legislativo, tutte le informazioni utili alla valutazione delle performance e la trasparenza viene intesa come <<conoscibilità, da parte di chiunque, di una serie di informazioni predeterminate, rese disponibili attraverso la rete internet>>, secondo un criterio di accessibilità totale[166].

Ciò comporta l'espansione della portata del diritto di accesso che, assurge a principio generale dell'azione amministrativa e viene incluso tra i livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, comma 2 lettera m) della Costituzione dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 coeva al d.lgs. n. 150/09, che introduce l'art. 29 comma 2-bisnella legge sul procedimento.[167]

---

d.lgvo 27 ottobre 2009, n. 150, che all'art. 11 così statuisce: "1. La trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione>>. T.A.R. Cagliari, sez. II, 30/08/2011.

[165] Tra le introduzioni degne di menzione, vi sono i "Piani triennali per la trasparenza e l'integrità", aggiornati ogni anno, con cui vengono indicate le iniziative finalizzate a garantire un adeguato livello di trasparenza e di legalità. Per conseguire tale risultato, le p.a., quindi, in ogni ciclo di gestione delle performance, dovranno obbligatoriamente pubblicare sul proprio sito istituzionale: il programma triennale per la trasparenza e l'integrità, con annesso focus sullo stato di realizzazione; il Piano e la Relazione ex art. 10; l'ammontare dei premi stanziati ed effettivamente distribuiti; i nominativi ed i curricula dei componenti dell'organismo indipendente di valutazione e del Responsabile delle funzioni di misurazione della performance ex art. 14; i curricula dei dirigenti e di coloro che rivestono posizioni organizzative; le retribuzioni dei dirigenti, con l'indicazione anche delle componenti legate alla valutazione di risultato; il compenso e il curricula di colo che ricoprono incarichi politico – amministrativi; gli incarichi, retribuiti e non, conferiti a dipendenti pubblici e soggetti privati.

[166] E. CARLONI, *La trasparenza (totale) delle pubbliche amministrazioni come servizio,* in *Munus*, 1, 2012, il quel osserva <<<si passa da una trasparenza intesa come garanzia dell'accesso da parte di cittadini interessati a determinati documenti amministrativi e direttamente coinvolti in un rapporto col potere al fine di tutelare specifiche posizioni giuridiche protette, ad una conoscenza dichiaratamente aperta al cittadino qualunque, rispetto anche ad informazioni non formalizzate all'interno di documenti (sebbene già precedentemente intesi latu sensu), allo scopo di garantire quella forma di controllo generalizzato sull'operato della pubblica amministrazione prima precluso>>.

[167] A mente del quale, a seguito delle ulteriori recenti modifiche apportate dal decreto legge16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120 che ha inserito nei livelli essenziali delle prestazioni la misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti <<Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della

ISSN 2036-7821

Esso, tuttavia, resta limitato, prevalentemente, all'aspetto organizzativo dell'amministrazione più che alla sua attività[168], rispetto alla quale, forse proprio il concetto di "risultato" ha inciso negativamente sullo sviluppo dell'istituto, in quanto l'accesso e, più in generale, la partecipazione dei privati apparivano confliggenti con il principio di buon andamento, costituendo un aggravio a danno della rapidità delle decisioni[169].

Tale potenziale conflitto, del resto, costituisce ancora oggi un profilo delicato di coordinamento fra due principi comunque riconducibili al buon andamento, quello di trasparenza, appunto, e quello di tempestività.

Ne è testimonianza il recentissimo D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 recante il nuovo codice dei contratti pubblici, che, all'art.1, inserisce il risultato come primo principio[170], ponendo la trasparenza in posizione strumentale, non contemplandola fra i principi e definendola, al comma 2 del citato art. 1 come <<funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto>>, assicurandone <<la piena verificabilità>>.

Il merito della disciplina del 2009, è stato, però, quello di anticipare l'obbligo di pubblicazione di dati e informazioni rilevanti per il controllo dei cittadini sulla pubblica amministrazione poi esteso dall'introduzione dell'accesso civico che l'ha sostituita[171].

L'attuale ampia concezione del principio di trasparenza si deve, invece, alla legge 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, (cd. legge anticorruzione) che ha previsto una delega legislativa per il riordino degli obblighi di pubblicità e trasparenza, poi attuata dal del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 in materia di

---

presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti>>.

[168] Di nuova accezione di trasparenza organizzatoria dei pubblici poteri, nella quale rimane compresa, ai sensi dell'art. 4 l. 4 marzo 2009 n. 15, e dell'art. 11, d.lgs. n. 27 ottobre 2009 n. 150, anche l'attività valutativa che conduce la p.a. medesima alla scelta del proprio personale, nella copertura dei posti dirigenziali parla il T.A.R. L'Aquila, (Abruzzo) sez. I, 27/04/2010, n.379

[169] Il raggiungimento del risultato si concretizza attraverso una scelta amministrativa efficace economica ed efficiente. E. CARLONI, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in Dir. pubbl., 3, 2009, p. 779 e ss.; C. CHIAPPINELLI, *Le innovazioni della Legge "Brunetta" al sistema dei controlli nel quadro della altre recenti riforme*, in Rivista delle Corte dei Conti, n.4, 2010, p. 189; Per un inquadramento generale del tema, M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati : atti del Convegno*, Palermo, 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

[170] A mente del quale "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività"

[171] Il D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, all'art. 52, comma 5, ha disposto l'abrogazione dell'art. 10 del D.lgs. n. 150/09

ISSN 2036-7821

prevenzione e repressione della corruzione all'interno delle pubbliche amministrazioni.

Il principio di trasparenza viene, infatti, ridefinito nell' art. 1, acquisendo la più ampia portata di presidio della collettività, a prescindere dal collegamento con un determinato procedimento amministrativo, come era nella legge sul procedimento o a un settore specifico dell'amministrazione, quale l'organizzazione, come era previsto nella legge 159/09[172], allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento di tutte le funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e dunque, sebbene nell'ottica di contrasto ai fenomeni corruttivi e di *maladministration*, il suo esercizio diviene diffuso [173].

In particolare, viene introdotto, all'art. 5 comma 1 del richiamato decreto n. 33/13, l'accesso civico semplice, strettamente collegato all' obbligo in capo alle pubbliche amministrazioni, previsto dal precedente art. 3, di pubblicare documenti, informazioni o dati che "chiunque" ha diritto di richiedere nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione[174].

L'obbligo di pubblicazione sui siti web istituzionali viene esteso a tutte le informazioni, anche qualora non abbiano la forma del documento amministrativo[175], acquisendo, così, una valenza attiva come "diritto di informarsi"[176] e una passiva come "diritto di ricevere informazioni".[177]

Si afferma, per tale via, la regola generale della libertà di accesso ai documenti amministrativi, dando concretezza alla trasparenza come pilastro di quel potere visibile e accessibile auspicato da Filippo Turati nella nota metafora della casa di vetro come *modus operandi* dell'amministrazione[178] che è ora chiamata <<all'apertura di nuove porte e finestre e all'illuminazione di nuove stanze >>[179].

L'amplissimo ambito di applicazione soggettiva dell'istituto rappresenta fin da subito una radicale innovazione rispetto alla ristretta disciplina dell'accesso

---

[172] A. L. MAGLIUOLO, *Trasparenza e Pubblicità nell'azione amministrativa*, in Riv. tel. di dir., 2018

[173] S. MILAZZO, "*Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D. Lgs. 25 Maggio 2016, n. 97*", www.ildirittoamministrativo.it.

[174] Conseguentemente l'amministrazione è tenuta, in caso di accoglimento, e a pubblicare sul sito i dati, le informazioni o i documenti richiesti e a comunicare al richiedente l'avvenuta pubblicazione dello stesso, indicandogli il relativo collegamento ipertestuale (ar. 5 comma 6).

[175] Sul punto il Tar Lazio – Roma, sez. III, 19 marzo 2014, n. 3014, chiarisce che "Trattasi di una nuova forma di accesso, ontologicamente diversa da quella disciplinata agli artt. 22 e segg. della legge n. 241 del 1990, la cui funzione è di permettere a "chiunque", pertanto a prescindere da specifici requisiti soggettivi di legittimazione attiva, la conoscenza di documenti, informazioni o dati, qualora l'amministrazione abbia violato obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente.

[176] P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in Istituzioni del Federalismo, anno XXXIV, n. 3/4, Rimini, 2013.

[177] M. MAGRI, Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale, *in Istituzioni del Federalismo – Rivista di studi giuridici e politici, anno XXXIV, n. 2, Maggioli Editore*, Rimini 2013.

[178] F. TURATI in Atti del parlamento italiano, Camera dei deputati, sessione 1904 – 1908, 17 giugno 1908.

[179] E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, cit. pp- 130 – 131.

ISSN 2036-7821

tradizionale previsto dalla legge n.241/90, rispetto alla quale determina il passaggio da un accesso qualificato e azionabile soltanto qualora sia servente ad un interesse giuridicamente rilevante, concreto e attuale, ad uno il cui esercizio non necessita di un'istanza motivata e in cui non deve essere data prova della <<strumentalità tra le esigenze difensive del singolo con l'atto che si pretende di conoscere>>[180].

Sul versante dell'operatività oggettiva, invece, si evidenziano, inizialmente, significativi limiti rispetto a quanto si ha diritto a conoscere[181].

Nella sua originaria formulazione, infatti, l'art. 3 del D.lgs. n. 33/2013, individua una serie di atti e di informazioni da pubblicare obbligatoriamente, suddivisi per categorie che, per quanto ampie, restringono l'ambito oggettivo dell'istituto che, invece, avrebbe dovuto essere impostato seguendo il criterio opposto, prevedendo, cioè, la generale accessibilità, salvo alcune eccezioni tassativamente individuate.

Tale disciplina, dunque, pur rappresentando un significativo passo avanti rispetto all'accesso individuale, non sembra ancora riconducibile al modello del Freedom of information act (F.O.I.A), degli ordinamenti di oltremanica in cui le informazioni pubbliche sono proprietà della collettività che può riutilizzarle liberamente (*open data*) e il diritto all'ostensione è riconosciuto indipendentemente dall'esistenza di un corrispondente obbligo legislativo[182].

Le ragioni di tale, inziale, incompiutezza, non possono ricercarsi nella esigenza di bilanciamento tra pubblicità e *privacy*, tra diritto all'informazione e diritto alla riservatezza che costituirà, da questo momento in poi, il principale limite all'esercizio del diritto di accesso, da graduare con la rilevanza e la sensibilità dei dati oggetto di pubblicazione[183]. Ciò, in quanto, come è stato giustamente osservato, l'elenco dei

---

[180] I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale* in Federalismi.it, n. 11/2015

[181] Per un approfondimento, A. CONTIERI, *il lungo cammino della trasparenza tra accesso e accesso civico*, in A. CONTIERI, (a cura di) Argomenti di diritto amministrativo, Napoli, 2022, p. 91 e ss; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza,* in giornale dir. Amm. 9/9 p. 795 e ss. M. D'ARIENZO, *Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel D.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico*, in Dir e proc, amm, n. 1/2015.

[182] G. GARDNI, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in G. GARDINI, M. MAGRI, (a cura di) *Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, 2018, p. 17 e ss. S. MILAZZO, "*Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97*", www.ildirittoamministrativo.it.

[183] Il diritto di riservatezza, che ha avuto una evoluzione, parallela alla trasparenza. All'indomani dell'approvazione della l 241 del 90 non vi era una reale tutela dei controinteressati, la regola era tutta piegata sulla trasparenza cui si voleva dare piena attuazione. Questi equilibri vengono messi in discussione dalla diffusione del "diritto a restare soli", a chiudersi nella propria sfera giuridica, che diviene diritto alla privacy e alla tutela della sfera personale con il D.lgs. n. 196/2003 (codice della privacy) che impone un necessario contemperamento con la trasparenza e l'accessibilità.

Il bilanciamento che il legislatore fa tra principi in continua tensione, come si evince nel già richiamato parere del 2016 reso dal Consiglio di Sato sulla revisione della legge sulla trasparenza in cui viene rilevato che "il diritto di accedere direttamente e liberamente ai dati ed agli atti detenuti dalla pubblica amministrazione deve necessariamente arrestarsi ove sussista una posizione giuridicamente tutelata dell'individuo. Sul tema, F.

ISSN 2036-7821

documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria non pare <<sia stato redatto tenendo conto della loro maggiore compatibilità con la tutela della riservatezza, né la categoria di appartenenza appare elemento che possa escludere un conflitto con tale diritto[184]>>.

Il mancato riconoscimento del diritto all'informazione come diritto generalizzato, sembra piuttosto derivare dalla volontà, da parte del legislatore, di riservare ai pubblici poteri una valutazione circa l'accessibilità di dati e informazioni a tutela, in via prioritaria dell'interesse pubblico generale, secondo la logica alla base delle precedenti discipline del 1990 e del 2009. Per tali ragioni, la legge 190 è stata definita "imperfetta ma importante"[185].

A ben vedere, dunque, il rapporto fra amministrazione che ha formato o detiene i dati, i documenti o le informazioni e il privato che esercita l'accesso si basa ancora sull'esercizio del potere in quanto è rimesso alla valutazione discrezionale della prima il contemperamento di tale posizione con ulteriori interessi pubblici che possono prevalere sul diritto alle informazioni[186].

7. *Segue. L'accesso civico generalizzato; profili di ambiguità nella disciplina che ne limitano l'effettività e ruolo del giudice amministrativo.*

L'impianto del decreto n. 33 viene innovato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che, oltre ad apportare le richiamate modifiche all'accesso civico, ha modificato l'art. 5, introducendo al comma 2, come è noto, l'istituto dell'accesso civico generalizzato in base al quale chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti individuati al successivo articolo 5-bis cui la norma rinvia.

Secondo il parere del Consiglio di Stato n. 515 del 2016, reso dalla sezione consultiva per gli atti legislativi[187], il nuovo accesso "generalizzato" avrebbe dovuto costituire una matura forma di attuazione all'interno dell'ordinamento del descritto sistema del

---

PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza,* in Federalismi.it, n.8/2013, 2.

[184] Cosi letteralmente, A. CONTIERI, *il lungo cammino, cit. p.103.*

[185] V. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia, in Giornale di diritto amministrativo*, anno XIX, n. 2, IPSOA, Milano, 2013.

[186] M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di partecipazione, in Istituzioni del federalismo, n. 3-4/2013, p. 657 e ss.*

[187] Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, adunanza di sezione 18 febbraio 2016, parere n. 515 sullo "Schema di decreto legislativo recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

ISSN 2036-7821

F.O.I. A[188], ponendosi in linea con quanto disposto a livello sovra nazionale dal paragrafo 3 dell'art. 15 TFUE[189] e 42 CEDU[190] in materia di accesso ai documenti delle istituzioni europee[191].

Tuttavia, a distanza di sette anni dalla sua introduzione, non sono pochi i limiti emersi e per i quali si è parlato di "trasparenza tradita"[192].

Ed invero, in via di principio, l'accessibilità totale dei documenti e dei dati prodotti detenuti dalle pubbliche amministrazioni prevista all'art. 1 del decreto n. 33/13, così come modificato dall' art. 2, comma 1, del citato d.lgs. n.97/16 ha lo scopo di << tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.>> (art. 1 comma 1).

Si marca, quindi, la continuità con la precedente legge anticorruzione nelle finalità di prevenzione degli illeciti e dei fenomeni di malamministrazione, specialmente erariale, ma viene in aggiunta valorizzata la funzione democratica dell'istituto, finalizzata a favorire la partecipazione del cittadino alle decisioni pubbliche (*opengov*), nella direzione del "diritto ad una buona amministrazione" così come configuratosi ed evolutosi, attraverso la normativa e la giurisprudenza eurounitarie[193].

---

[188]Così si esprime il Consiglio di Stato, nel citato parere n. 515/2016. In particolare, viene evidenziato il mutato ruolo assunto nel nostro ordinamento dal principio di trasparenza "non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una 'casa di vetro, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri". In tale prospettiva evidenzia come la nuova forma di accesso civico libero ai dati e ai documenti pubblici, introdotta dalla novella del 2016, possa ritenersi, almeno tendenzialmente "equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni è definita Freedom of information act (F.O.I.A.)".

[189] "Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo."

[190] "Ogni cittadino dell'Unione nonché ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto".

[191] Per un approfondimento sull'armonizzazione della disciplina interna con quella sovranazionale e in senso critico sulla mancata ratifica in Italia della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti L. DROGHINI, *Principi e garanzie del diritto di accesso: riflessioni a margine dell'entrata in vigore della Convenzione del Consiglio d'Europa sull'accesso ai documenti*, in *Federalismi.it*, Osservatorio trasparenza, 21 aprile 2021, pp. 221 e ss.

[192] Sul tema, F. LOMBARDI, *La trasparenza tradita, Napoli, 2021*. Nell'analizzare il percorso della trasparenza, l'autrice evidenzia elementi di disorganicità ed incompiutezza della disciplina che ne pregiudicano l'effettività, soffermandosi in particolare sull'istituto dell'accesso civico che, anche in ragione di un atteggiamento restrittivo della giurisprudenza, sembra limitato nelle sue potenzialità sotto il profilo sia sostanziale che processuale.

[193] Così, S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2019/04/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf, che, per quanto di interesse in questo scritto, evidenzia come tale diritto dalle molte sfaccettature, include il dovere di diligenza e l'obbligo per l'amministrazione di decidere in un termine ragionevole, nonché il diritto di accesso e il diritto di essere ascoltati dei cittadini che costituiscono <<*core principles* della buona amministrazione che si sovrappone in larga misura con la "*rule of law*" e con il principio di legalità inteso in senso ampio, nel campo amministrativo

ISSN 2036-7821

La trasparenza diviene "condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali" (art. 1 comma 2), segnandosi cosi il passaggio da principio a diritto[194], riconosciuto all' art. 3 e qualificabile alla stregua di diritto civico riconosciuto *uti cives*, a chiunque[195], sul modello del *right to know* di matrice nord europea e anglosassone[196] .

Passando, però, dal livello dei principi a quello della disciplina, il nuovo accesso generalizzato dimostra di <<promettere più di quel che può dare>>[197] sia per limiti propri che per un approccio ondivago della giurisprudenza su taluni profili non secondari ai fini della piena affermazione di questo istituto.

In particolare, seguendo la linea del ragionamento che si sta conducendo, vale la pena soffermarsi su quegli aspetti che incidono sulla tutela giurisdizionale e che stanno determinando una progressiva trasformazione della natura dell'azione in materia di accesso e del relativo ruolo del giudice.

Immediatamente si evidenzia un fattore schizofrenico fra l'accesso alla tutela per il privato che la giurisprudenza tende a restringere e i poteri istruttori del giudice che, invece, sembrano allargarsi.

Quanto al primo profilo, l'art. 5 comma 1 del decreto trasparenza, riconoscendo la possibilità di proporre istanza a "chiunque" senza onere di motivazione, non sembra porre limiti per attivare l'accesso generalizzato in coerenza con la sua finalità di

---

("due process of law")>>. Sul principio in generale, A. ZITIO, *il diritto ad una buona amministrazione nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in Riv. It. Dir. Pubbl. 2002, p. 425 e ss. D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 2005,* pp. 819-857; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione, in* M. P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo,* Milano, 2007, I, pp. 49-86. C. CUDIA, *il diritto alla conoscibilità* (art. 3), in B. PONTI (a cura di), *la trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013.

[194] C. COLAPIETRO, C. SANTARELLI, *Accesso civico, in Il Libro dell'anno del Diritto 2014,* Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2014.

[195] A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici, in Istituzioni del Federalismo – Rivista di studi giuridici e politici, anno XXXIV, n. 3/4*, Rimini, 2013.

[196]La prima legge sulla trasparenza amministrativa che radica nell'Europa continentale la filosofia oggi rispondente all'Opengov, è di matrice svedese e risale al 1766 quando il re Adolfo Federico approvò l'ordinanza sulla libertà di scrittura e di stampa (*tryckfrihetsforordningen*). Nell'esperienza svedese, su cui molto incisero le influenze luterane del principale promotore di tale fenomeno legislativo, Andes Chydenius, il diritto d'accesso, concretizzato nei principi libertà di espressione e trasparenza amministrativa, veniva concepito come un'espressione di una libertà costituzionale necessaria a limitare i fenomeni di maladministration, tant'è che la *tryckfrihetsforordningen* è una delle 4 leggi fondamentali che compongono la costituzione. Nonostante la risalenza dell'esperienza svedese, questa non si è riuscita ad imporre come punto di riferimento tanto che la stessa Commissione Europea ha individuato l'esperienza statunitense, in cui non si riscontra il rilievo costituzionale delle politiche attive di trasparenza e accesso, quale "ordinamento- modello". Così, infatti, anche l'esperienza italiana, come la maggioranza di quelle del continente, si discosta dalla "concezione costituzionale" e la genesi del diritto di accesso si rinviene nella necessità di difesa di altri e diversi interessi qualificati, la cui esistenza diviene il presupposto per l'esercizio del diritto.

[197] C. MARZUOLI, Trasparenza e chiunque, brevi note in E. CARLONI, A. PIOGGIA, B. PONTI, (a cura di), *Lo sguardo del giurista all'amministrazione in trasformazione, Torino,* 2021, p.257.

ISSN 2036-7821

garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa[198]. La posizione sottesa all'accesso generalizzato, infatti, non richiede la sussistenza di un interesse proprio del richiedente, come nell'accesso documentale,[199] né è legata a specifici obblighi di legge, come nell'accesso civico semplice, ma costituita da un generico e indistinto interesse individuale alla conoscenza, protetto in sé e per sé.

Tuttavia, si è assistito, nel tempo, ad un disallineamento della legittimazione procedimentale rispetto a quella processuale, avendo la giurisprudenza sviluppato alcuni orientamenti, talvolta sorprendentemente ed eccessivamente restrittivi, volti a circoscrivere la legittimazione ad agire per l'impugnazione del diniego di accesso o la tutela avverso l'inerzia sull'istanza, che diminuiscono sensibilmente l'effettività dell'istituto, privando coloro che vi ricorrano di tutela davanti al giudice amministrativo.[200]

In particolare, va richiamato innanzitutto l'orientamento che esclude la possibilità di attivate i rimedi giurisdizionali per i soggetti diversi da quelli che hanno presentato l'istanza respinta o inevasa, sul presupposto, condivisibile in verità, che la disciplina dell' accesso civico non sia configurabile come azione popolare e, pertanto, non comporti l'attrazione della relativa procedura nell'ambito di una speciale e residuale ipotesi di giurisdizione oggettiva nella quale è possibile prescindere dal requisito della legittimazione[201].

Non altrettanto condivisibili sono, invece, le pronunce che hanno ritenuto utilizzabile lo strumento dell'accesso civico generalizzato solo per evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi della collettività generale dei cittadini, [202] o quelle che hanno sanzionato la mancata indicazione nell'istanza delle finalità pubbliche collegate all'esercizio del "diritto di conoscere"[203]

Tali approcci, infatti, finiscono per limitare ingiustificatamente l'istituto, impedendo ai privati, pur mossi da un interesse personale, ma non collegato alle finalità difensive o collaborative di tipo procedimentale che giustifichino il ricorso all'accesso

---

[198] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019. Cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 10/2022; III, 10 giugno 2022, n. 4735; V, 11 aprile 2022, n. 2670; 3 agosto 2021, n. 5714; 6 aprile 2020, n. 2309; 2 agosto 2019, n. 5502.

[199] Ciò in quanto nel caso di accesso documentale il giudice è chiamato a garantire la realizzazione di una specifica posizione soggettiva giuridicamente tutelata, in funzione e nei limiti dell'interesse diretto, concreto e attuale dell'istante alla conoscenza di determinati documenti, ed ancora entro i limiti previsti dall'art. 24 della legge n. 241/1990.

[200] F. LOMBARDI, op. cit. p.230.

[201] Cfr. T.A.R., Napoli, 10 dicembre 2019, n.5837. In dottrina, con argomenti convincenti circa la carenza dei presupposti sia sul piano sistematico che alla luce dei criteri interpretativi dei testi normativi, per individuare una compiuta volontà del legislatore di considerare l'accesso civico alla stregua di una azione popolare, si veda, M. MAGRI, *Diritto alla trasparenza e tutela giurisdizionale,* in *Ist del federalismo,* 2013, 425 e ss. p. 442. S. GIACOMETTI, *Diritto di accesso processo amministrativo, effetto Fukushima*, *in* www.giustiziaamministrativa.it 26.5.2011 Per la tesi contraria, V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare,* Dir. Amm., 4,2013, 789 ss.

[202] T.A.R. Roma, sez. I, 6 settembre 2022, n.11507.

[203] T.A.R. Roma, 2 luglio 2018 n. 7326.

ISSN 2036-7821

documentale di cui agli artt. 22 e ss della legge n. 241/1990, di acquisire conoscenza sull'operato di una amministrazione.

Tanto, in contrasto con la disciplina introdotta dall' art. 5 comma 2 del d.lgs. n. 33/2013 che chiaramente disancora il controllo democratico, esercitato attraverso l'accesso civico dalla legittimazione "difensiva" alla base di quello procedimentale[204] e non esclude che lo stesso possa muovere da interessi egoistici[205], spettando all'amministrazione in sede di esame e al giudice nell'eventuale sede di tutela, il compito di interpretare la domanda, indagando il suo contenuto, qualificandone l'effettivo tenore e ponendolo in relazione con i limiti (eccezionali) all'esercizio del diritto di accesso[206]. Ciò che appare impedito dalla inammissibilità preliminare (nel procedimento) e pregiudiziale (nel processo) da cui l'orientamento descritto pretende sia frustrata la pretesa sostanziale prima e l'esigenza di tutela poi.

Quanto alla indicazione delle finalità pubbliche alla cui tutela la richiesta è propedeutica, pur non essendo stato negato che una qualche utilità potrebbe venire dalla stessa alla gestione dell' istanza da parte dell'amministrazione e a evitare quella <<opacità per confusione>>che può derivare dalla grande quantità di dati che è necessario rendere pubblici in assenza di una identificazione chiara delle finalità per cui gli stessi sono richiesti[207], non vi è dubbio che sul piano processuale si realizzi un contrasto evidente con la previsione normativa che esplicitamente esime il richiedente dall'indicare una motivazione nella richiesta.

Entrambe le questioni sono state chiarite dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10 con cui, nel precisare che non va confusa la *ratio* dell'istituto con la legittimazione, il Consiglio di Stato ha fissato il principio per cui l'interesse del richiedente <<non necessariamente deve essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede>>.

Però, proprio in riferimento alla *ratio* individuata nella necessità avvertita dal legislatore di dotare il nostro ordinamento di uno strumento di piena accessibilità funzionale alla democrazia, sul modello del F.O.I.A., la stessa sentenza, ha a sua volta individuato un limite alla legittimazione, affermando che, se da un lato l'accesso civico ben può convivere con altre forme di accesso, ed essere autorizzato

---

[204] V. TORANO, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, cit. p. 803.

[205] In questo senso va il condivisibile orientamento contrario a quello analizzato del TAR Brescia nella sentenza, 13 gennaio 2020, n. 10.

[206] Sul potere connaturato alla sua funzione di qualificare le domande dei privati in base al loro contenuto, A. BERTI, *Note a margine della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 aprile 2020, n. 10: la qualificazione dell'istanza di accesso ai dati e documenti amministrativi,* in *giustizia-amministrativa.it*, dottrina, 2020.

[207] L'espressione è contenuta nella già citata sentenza della Corte Costituzionale 21 febbraio 2019 n. 20. L'idea che *de iure condendo* possa essere utile l'inserimento della finalità nella istanza è fra le conclusioni cui giunge F. LOMBARDI *La trasparenza tradita*, cit. p. 239 e ss.

ISSN 2036-7821

anche in assenza di un esplicito riferimento ad esso nella richiesta dell'interessato[208]; dall'altro, tale versatilità è impedita nel caso in cui risulti evidente che l'istanza è stata formulata esclusivamente ed inequivocabile come accesso documentale ai sensi della legge n.241 del 1990 . Ciò sul presupposto che non sia possibile, in sede procedimentale, imporre all'amministrazione di convertire l'istanza né, successivamente ammissibile richiedere al giudice tutela per tale posizione.
Questa posizione è stata ritenuta da taluni contraddittoria in quanto a fronte dell'approccio di grande *favor* dimostrato verso l'accesso generalizzato, volto a volerlo liberare dai lacci delle ambiguità legislative, il Consiglio di Stato si sarebbe poi ritratto dianzi a un presunto limite che poteva essere, invece superato.
In particolare, sul piano procedimentale, si è sostenuto che l'Adunanza plenaria si sarebbe contraddetta rispetto alla facoltà riconosciuta nella stessa sentenza di esaminare una richiesta formulata come accesso documentale anche come accesso generalizzato <<laddove contenga gli elementi utili a vagliarne l'accoglimento sotto il profilo civico>> , mentre sotto il profilo processuale, sulla base dell'interpretazione costante dell'art. 183 c.p.c. (norma applicabile al giudizio amministrativo, attraverso il rinvio operato dall'art. 39 c. p.a.) il giudice può convertire la domanda se vi è identità di *petitum* e *causa petendi che, in questo caso,* sussisterebbe[209].
Pur dubitandosi della sostenuta identità di *causa petendi* fra accesso documentale e accesso civico, in quanto la ragione giustificatrice della domanda che, a sua volta, coincide con il diritto sostanziale affermato, appare oggettivamente diversa nei due istituti (almeno per ora), la tesi è qui interessante nella parte in cui evidenzia il limite per cui, una volta ammessa la *mutatio libelli,* il giudice si troverebbe ad esaminare per la prima volta una domanda mai vagliata in sede procedimentale

[208] In questo senso, la circostanza che l'accesso civico si differenzia da quello documentale riservato esclusivamente a chi abbia un interesse concreto e attuale, come quello dell' operatore economico che abbia partecipato alla procedura di gara classificandosi secondo a vedersi affidato il contratto, non può comportare che a quest'ultimo sia precluso l'utilizzo dello strumento espressamente riservato dalla legge a "chiunque" perché ciò contrasterebbe con la tutela del buon andamento amministrativo che l'istituto è finalizzato a favorire, con un approccio espansivo della trasparenza per permettere il controllo non solo sulla correttezza delle procedure selettive, ma anche sulla spesa pubblica e per limitare i fenomeni corruttivi, che costituisce la ratio dell'intervento legislativo del 2016 che ha introdotto l'istituto Consiglio di Stato, Ad.Pl., sent. 2 aprile 2020, n. 10. La sentenza ha ricevuto numerosi commenti, tra cui si segnalano: A. CORRADO, *L'accesso civico generalizzato, diritto fondamentale del cittadino, trova applicazione anche per i contratti pubblici: l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato pone fine ai dubbi interpretativi, in Federalismmi,* n. 16, 2020; F. FRACCHIA, W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti pubblici nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico, in Dir. econ*., n. 3, 2020; S. MANCUSI, *il diritto d'accesso come diritto fondamentale a connotazione solidaristica (note a margine dell'Adunanza plenaria n. 10/2020), in Lexitalia.it,* n.6., 2020; S. MASTROIANNI, *L'integrazione tra la disciplina del diritto d'accesso ordinario e quella dell'accesso civico generalizzato nel settore degli appalti: l'Adunanza Plenaria dice no a buchi neri nel principio di trasparenza, in Giustamm.it,* n. 4, 2020; A. MOLITERNI, *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici, in Giornale dir.amm.*, n. 4, 2020.

[209] F. GORGERINO, *L'accesso come diritto fondamentale e strumento di democrazia: prospettive per la riforma della trasparenza amministrativ*a, in Federalismi.it, 2022, fasc. 5, pp. 106

ISSN 2036-7821

dall'amministrazione, il che sarebbe in contrasto con il potere dispositivo del giudice amministrativo previsto all'art. 32 c.pa. di qualificare l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali che con il più volte richiamato divieto, di cui all'art. 34, comma 2, di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati.

Emerge così nel particolare, il problema esaminato nella prima parte di questo lavoro sul piano generale, circa la insufficiente effettività della tutela nell'attuale sistema processuale amministrativo delle azioni di condanna che comporta la necessità di ripensare il ruolo del giudice soprattutto nelle materie di giurisdizione esclusiva, ampliandone i poteri istruttori e di "direzione" della dinamica fra processo e procedimento che si instaura con l'azione in giudizio, quando il potere non sia stato ancora esercitato o sia stato esercitato in maniera parziale, facendo del processo il luogo di convergenza satisfattiva delle diverse posizioni.[210]

Sul piano oggettivo, alcuni limiti alla piena accessibilità discendono da espresse previsioni del decreto.

Ed invero, l'art. 5 comma 2 non contempla nell'oggetto dell'accesso generalizzato la categoria delle informazioni, il che costituisce certamente un ostacolo alla piena accessibilità secondo il modello di libertà di espressione sancito dall'art. 10 CEDU, comprensivo del diritto di ricevere e comunicare informazioni, entro i limiti stabiliti al successivo comma 2[211], sostanzialmente coincidenti con quelli previsti nell'ordinamento italiano dal citato art. 5 bis del D.lgs. n. 33/2013[212].

Particolarmente interessante per l'analisi in corso è la disciplina riguardante le eccezioni "relative" legate alle contrarie ragioni di interesse pubblico o privato tassativamente individuate dal legislatore all'all'art. 5-bis commi 1 e 2 del d.lgs. n.33/2013 per tutti i tipi di accesso[213] che, nel caso dell'accesso generalizzato, si sommano alle ulteriori eccezioni "assolute", previste dallo stesso art. 5-bis al comma

[210] Si rinvia alle proposte formulate nel quinto paragrafo, a proposito del silenzio inadempimento.

[211] A mente del quale <<L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario>>.

[212] La restrizione è ribadita nelle linee guida F.O.I.A. adottate dall' ANAC d'intesa con il Garante della privacy con delibera 28 ottobre 2016 n. 1309.

[213] La norma, al primo comma, esclude l'accesso civico se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

Al secondo comma, invece, sono previste le ipotesi di esclusione per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

ISSN 2036-7821

3 in cui rientrano <<i casi di segreto di Stato e gli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990>>.

Segnatamente, le circostanze che l'oggetto dell'accesso generalizzato non sia individuato a monte, ma consista in una ampia categoria residuale formata da dati e documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di obblighi di pubblicazione e che la relativa istanza non debba essere motivata, comportano che le eccezioni di tipo relativo, devono essere valutate dall'amministrazione attraverso un'attività <<che può presentare anche ampi margini di discrezionalità>>[214].

Questa valutazione consiste in una indagine sulla portata degli interessi che si contrappongono all'esercizio dell'accesso, svolta attraverso il criterio individuato espressamente ai citati commi 1 e 2 dell'art. 5, dell' *harm test*, in base al quale l'amministrazione può rigettare l'istanza solo qualora l'ostensione sia causa di un pregiudizio concreto in maniera <<altamente probabile>> ad un interesse che si oppone alla ostensione; di tal che la valutazione è tutta concentrata sulla valenza del contro interesse[215].

La norma non prevede, quindi, per l'accesso generalizzato, l'ulteriore bilanciamento, successivo alla valutazione sul pregiudizio, tra la tutela da assicurare all'interesse da proteggere dalla *disclosure* e la tutela dell'interesse pubblico alla diffusione. (*public interest test*).

Tale verifica è stata però ammessa da un orientamento giurisprudenziale, secondo cui la scelta finale dell'amministrazione sull'istanza di accesso generalizzato deve tenere conto << anche dell'interesse alla divulgazione che fonda la richiesta dell'istante, operando una valutazione comparativa, secondo il principio di proporzionalità, fra il beneficio che potrebbe arrecare la d*isclosure* richiesta e il sacrificio causato agli interessi pubblici e privati contrapposti che vengono in gioco>>[216] che , è stato prospettato, potrebbe addirittura essere anche svolto in via autonoma, e a prescindere da quello sul pregiudizio, essendo collegato a finalità diverse[217].

La tesi, sebbene evidenzi il beneficio che deriverebbe dall'inserire un criterio di valutazione ampliativo costituito dalla comparazione degli interessi rispetto a quello restrittivo che caratterizza la verifica del pregiudizio, incontra, a parere di chi scrive,

---

[214] T.A.R. Roma, sez. V, 05/01/2023 n. 207.

[215] ANAC, delibera 28 dicembre 2016, n. 1309 recante *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013*, cit., 11

[216] TAR Napoli, sez. VI, 9 maggio 2019, n. 2486. Per un approfondimento, A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri, in Dir. amm.*, n. 3/2019, pp. 603-604.

[217] E. GUARNIERI, *Accesso civico generalizzato: àrbitri e arbìtri, in Federalismi.it*, 21 ottobre 2020.

ISSN 2036-7821

il limite della espressa esclusione dell'accesso nel caso non si superi la verifica sul pregiudizio.
Di tal che, allo stato, è difficile configurare la verifica sull'utilità come autonoma, se non viene superato il test filtro del pregiudizio, mentre nulla impedisce di far seguire a quello preliminare sul pregiudizio, il successivo giudizio sull'interesse, se questo è volto a favorire l'accesso, soprattutto nell'ambito della ricomposizione di una controversia in sede giurisdizionale.
Tuttavia, in questo caso, il giudice viene investito del compito addirittura di ricostruire l'esatta pretesa, mancando sul piano sostanziale la motivazione dell'istanza e dovrebbe, pertanto, necessariamente ricercare e stimolare, attraverso l'istruttoria, la collaborazione delle parti per addivenire ad una decisione satisfattiva della pretesa[218], non avendo coordinate chiare dal privato, né possibilità di sostituirsi all'amministrazione nella valutazione sul bilanciamento degli interessi che si contrappongono all'accesso che, nell'art. 5 bis, sono individuati per categorie e senza una predefinita gerarchia di valori che possa costituire fonte normativa di legittimazione per una autonoma decisione giudiziaria[219].
Questa difficoltà comporta, come conseguenza, il rischio di una dequotazione della effettività nella tutela che spetterebbe agli interessati sulla base del principio di piena accessibilità nonché il paradosso che proprio questi ultimi, vengano ritenuti responsabili dell'impossibilità di garantire la loro pretesa.
Ciò emerge con chiarezza in alcune pronunce anche molto recenti con cui il giudice amministrativo ha ritenuto legittimo il diniego di accesso sulla base di presupposti e limiti che non dovrebbero rilevare nel caso dell'accesso generalizzato, fra cui, quello della mancanza di specificità dell'oggetto della richiesta-[220] o quello per cui quando la formulazione non consenta di soddisfare per intero la richiesta, l'amministrazione non ha l'onere di ridefinire l'oggetto dell'istanza, o di suggerirne una riformulazione <<che non può che gravare sull'interessato, quale aspetto della disponibilità della situazione giuridica soggettiva azionata>>[221].
Detti orientamenti, basati su un formante consolidato della giurisprudenza in materia di accesso documentale, stanno ridimensionando la portata del principio di leale collaborazione che, con l'introduzione dell'accesso generalizzato, il legislatore ha inteso porre a base del rapporto fra amministrazione e cittadino, in sostituzione dell'accezione più ristretta, valida per l'accesso procedimentale appunto, che circoscrive l'operatività del principio entro i confini della istanza con cui il soggetto

[218] Sul ruolo del giudice amministrativo nell'incertezza delle norme che definiscono oneri dei privati e compiti delle amministrazioni, si veda A. PAJNO, *Relazione dell'anno giudiziario 2018*, in *Lexitalia* n.1/18
[219] non rientrando la materia dell'accesso fra quelle oggetto di giurisdizione di merito, ai sensi dell'art. 134 c.p.a.
[220] Cfr. T.A.R, Roma, sezione III - quater, 30 maggio 2022, n. 7036
[221] Consiglio di Stato sez. III, 14 marzo 2023, n.2686.

ISSN 2036-7821

interessato attiva l'amministrazione, e che successivamente costituiscono il perimetro entro cui il giudice può vagliare e disporre.
In particolare, il diverso approccio, ben descritto nella circolare n. 2/2017 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, secondo cui l'amministrazione è tenuta ad avviare un dialogo con il privato al fine di valutare la possibilità di meglio definire la stessa domanda, quando questa non appaia immediatamente accoglibile per la presenza di elementi ambigui o generici, in alcune sentenze è stato, addirittura ritenuto solo facoltativo[222].
Quanto al silenzio sull'istanza che, come è noto e sarà successivamente ricordato, nella disciplina sull'accesso documentale acquista il valore di diniego, mentre nel caso dell'accesso generalizzato si qualifica come inerzia, la descritta ambiguità del quadro in cui si trova ad operare, richiede al giudice, innanzitutto una valutazione circa la possibilità di pronunciarsi direttamente sulla pretesa, ordinando l'esibizione di quanto richiesto, in base agli atti prodotti dalle parti nel caso in cui risulti essere stata svolta l' attività discrezionale di bilanciamento degli interessi antagonisti di cui si è detto.
In tutti gli altri casi, che saranno la maggior parte, considerata l'assenza dell'obbligo di motivare l'istanza, il ruolo del giudice, non potendo interferire con le prerogative discrezionali dell'apparato amministrativo, consisterà nell' indirizzarne l'azione verso una tutela effettiva favorendo il rapporto collaborativo sopracitato fra amministrazione e interessato o sarà limitato all'accertamento dell'obbligo di provvedere a alla conseguente condanna a se non vi sono le condizioni per instaurare un rapporto collaborativo fra le parti (nel caso, ad esempio, della mancata costituzione in giudizio dell'amministrazione).
In buona sostanza, il giudice opererà secondo lo schema esaminato, in precedenza, per il silenzio inadempimento, non disponendo di quegli elementi essenziali <<contenuti tanto nella motivazione dell'istanza di accesso quanto nella motivazione del provvedimento per poter accertare la fondatezza della pretesa azionata, rischiando così di infrangersi contro il limite di cui all'art. 34, comma 2 c.p.a.[223]

---

[222] Cfr. Consiglio di Stato, sentenza, sez. III, 13 agosto 2019, n. 5702, secondo cui è legittimo il rigetto di una istanza opposto senza dialogo cooperativo, in quanto l'attivazione di tale dialogo sarebbe una mera facoltà, prevista nella circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 2/2017, non fondata su una previsione legislativa riconducibile agli artt. 5 e 5- bis del d.lgs. n. 33 del 2013.

[223] M. DE DONNO, *La tutela del controinteressato nell'accesso civico generalizzato, in G. Gardini, M. Magri (a cura di), Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, Rimini, Maggioli, 2019. Si segnala la posizione di P. CERBO, *il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati, in P. Cerbo (a cura di), il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Lecce, Libellula, 2019, il quale osserva che <<molto spesso l'art. 34, comma 2, cpa è stato richiamato per affermare l'impossibilità del giudice di assumere scelte connotate da discrezionalità amministrativa o comunque di compiere valutazioni riservate all'amministrazione: tuttavia, a rigore, entrambe le esigenze sono già salvaguardate dalla previsione dell'art. 31, comma 3, cpa, senza necessità di far riferimento al divieto in esame>>.

ISSN 2036-7821

8. *Tratti distintivi dei tre tipi di accesso e natura peculiare della posizione giuridica soggettiva ad essi sottesa.*

Con il d.lgs. n. 33/2013, l'ordinamento offre, si è visto, nel suo complesso, una ampia gamma di strumenti generali di conoscenza dell'attività dell'amministrazione, formata dai tre tipi di accesso richiamati[224].

Tali strumenti, diversificati nei fini, presentano un diverso grado di ampiezza soggettiva e oggettiva e una capacità di resistenza nel contemperamento con altri interessi inversamente proporzionale alla loro ampiezza, come dimostra la giurisprudenza formatasi sul tema del bilanciamento fra il diritto di accesso e il principale interesse antagonista, quello alla privacy.[225]

In particolare, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 515/2016 che richiama la tesi conforme proposta dall'ANAC nelle sue Linee guida del 2016, nel caso dell'accesso documentale la tutela può consentire un accesso più in profondità, mentre nel caso dell'accesso generalizzato, le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso più esteso, ma meno profondo, in ragione della maggiore conoscibilità e diffusione dei dati, documenti e informazioni ricevuti e al peculiare regime di riutilizzabilità degli stessi che caratterizza l'accesso

[224] cui si affiancano quelli previsti dalle discipline settoriali, come l'accesso in materia di contratti pubblici o quello alle informazioni ambientali.

[225] Il diritto di accesso documentale, in ragione della sua finalità difensiva è considerato tendenzialmente prevalente rispetto a quello alla privacy, a prescindere dalla sua strumentalità ad esigenze processuali (in questo senso, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2010 n. 7166; Consiglio di Stato sez. V, 17/03/2015, n.1370). Esso è temperato dal coordinamento con i dati sensibili o giudiziari per accedere ai quali deve risultare indispensabile, e con quelli super sensibili, quali quelli relativi alla salute o alla vita e all'orientamento sessuale, rispetto ai quali l'interesse giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, deve essere di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consistere in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale. con le eccezioni previste dall'art. 60 del D.lgs. n. 196/2003 recante il codice della privacy. In giurisprudenza, di recente, T.A.R. L'Aquila, sez. I, 07/11/2020, n.414.

Nel caso dell'accesso civico generalizzato, invece, è rimesso alla pubblica amministrazione destinataria della richiesta il bilanciamento tra l'interesse del cittadino alla conoscenza dei documenti in possesso della PA e il diritto alla privacy dei soggetti i cui dati personali sono contenuti in tale documentazione, attraverso una valutazione caso per caso della situazione concreta, tenendo conto di tutta una serie di parametri rinvenibili nella legislazione e giurisprudenza nazionale ed europea in materia di protezione dei dati personali e nei principi di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e del Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 14 marzo 2023, n. 2686).

Le recenti modifiche introdotte al codice dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, che ha inserito il Capo II, vanno nella direzione di procedimentalizzare il bilanciamento. In particolare, l'art. 2 *sexies*, introdotto con la citata novella, al comma 1 prevede che in determinati casi, fra cui , al successivo comma 2 vengono ricompresi anche l' accesso a documenti amministrativi e l' accesso civico, i trattamenti delle categorie particolari di dati personali necessari per motivi di interesse pubblico rilevante, sono ammessi qualora <<siano previsti dal diritto dell'Unione europea ovvero, nell'ordinamento interno, da disposizioni di legge o di regolamento o da atti amministrativi generali che specifichino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato>>.

ISSN 2036-7821

civico e generalizzato rispetto all'accesso documentale ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 33/2013[226].

Rispetto al diritto di accesso, in tutte le sue forme, il privato, però, viene posto sempre in relazione con l'esercizio di un potere di accoglimento o di rigetto da parte dell'amministrazione, più o meno vincolato a seconda sia del tipo di accesso che della natura del rapporto giuridico sottostante alla richiesta.

In questo senso, le due tipologie di accesso civico, pur essendo accomunate dalla posizione giuridica soggettiva dell'istante, si muovono lungo binari diversi, come confermato dall'inciso inserito nel quinto comma dell'articolo 5 del decreto 33/2013, "fatti salvi i casi di pubblicazione obbligatoria", che determina il criterio di individuazione degli oggetti di richiesta di ostensione nei due diversi istituti.

Segnatamente, l'accesso civico costituisce un rimedio alla mancata osservanza degli obblighi di pubblicazione imposti dalla legge[227], in modo tale da affiancare al dovere di pubblicazione, il diritto del privato di richiedere e dunque accedere ai documenti, dati e informazioni oggetto di inadempienza da parte della p.a. Diversamente, l'accesso civico generalizzato è strumentale al controllo diffuso vero e proprio[228], finalizzato alla verifica dell'operato dell'amministrazione e alla partecipazione sussidiaria della comunità alle scelte amministrative[229].

In particolare, l'accesso civico è una forma di accesso "proattiva" ovvero volta a stimolare l'amministrazione all' adempimento dei sui obblighi di pubblicazione. Al contrario, l'accesso generalizzato, come quello documentale, è "reattivo" cioè richiede un'istanza fatta all'amministrazione detentrice del dato o del documento e una sua reazione di accoglimento o rigetto[230].

Con l'accesso documentale, inoltre, l'accesso generalizzato condivide la disciplina di tutela dei controinteressati che, ove individuati, l'amministrazione è tenuta ad informare, tenendo poi conto, in una valutazione caso per caso, delle ragioni eventualmente opposte in un bilanciamento guidato dai vincoli a tutela degli

---

[226] S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, II, Napoli, 2020, pp. 497 ss.

[227] ANAC, "Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013", delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

[228] S. VILLAMENA, *"Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili"*, in www.federalismi.it

[229] La già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1546 del 2019 evidenzia come la disciplina nazionale del nuovo accesso civico, << si pone in diretta attuazione delle previsioni costituzionali risultanti dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, quale istituto strumentale volto ad assicurare le condizioni –ovvero la conoscibilità generalizzata degli atti e delle informazioni in possesso dell'Amministrazione- necessarie "*al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*" (art. 5, citato, sull'acceso civico) e quindi volte a favorire la "*autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*" (art. 118 Cost., citato, che introduce il principio di sussidiarietà)>>.

[230] Cons. Stato, parere n. 515/16, cit.

ISSN 2036-7821

interessi privati, previsti dall' art. 5-bis, comma 2 che, per la sua formulazione ampia e generale, organizzata per categorie più che per fattispecie, di fatto assegna all'amministrazione una ampia discrezionalità[231].

Occorre, a questo punto, soffermarsi brevemente sulla natura della posizione giuridica sottesa all'esercizio del diritto di accesso, limitatamente al profilo necessario al prosieguo del discorso, di presupposto per qualificare l'azione di tutela nell'ipotesi in cui l'amministrazione resti inerte rispetto ad una istanza di provvedere.

Sul piano generale, al paragrafo quarto sono stati illustrati gli argomenti in base ai quali si assume come interesse legittimo rafforzato la situazione di chi è in attesa di un provvedimento richiesto cui a sua volta, corrispondono prerogative più o meno ampie del giudice in base alla natura vincolata, parzialmente discrezionale o totalmente discrezionale del potere posto in capo alla pubblica amministrazione rispetto al bene della vita oggetto della pretesa.

Nel caso dell'accesso, l'amministrazione ha sempre l'obbligo di provvedere, a meno che la domanda sia manifestamente non accoglibile il che esclude le relative decisioni dal novero delle possibili scelte discrezionali nell' *an* in cui è possibile anche non riscontrare l'istanza.

Il principio che presiede all'esercizio della funzione pubblica è, infatti, costituito dalla generale accessibilità di documenti, dati e informazioni, come chiarito inequivocabilmente dalla Adunanza Plenaria n. 10/2020, rispetto al quale all'amministrazione è rimesso il compito, come visto, di individuare la sussistenza di una delle già ricordate eccezioni assolute o di valutare eventuali altri interessi rilevanti di natura pubblica e privata che possano costituire eccezioni relative, limitando l'esercizio del diritto nelle sue diverse estrinsecazioni e finalità[232].

In effetti, in un primo momento, la posizione corrispondente al diritto di accesso era stata ricostruita in termini di interesse legittimo, in ragione della natura impugnatoria del giudizio e in questo senso si si era espressa l'Adunanza plenaria nella decisione 24 giugno 1999 n. 16.

Tale decisone non sopì i contrasti in giurisprudenza, che continuò a registrare orientamenti opposti a quello della Planaria[233].

La maggiore profondità dell'accesso documentale, aveva, infatti portato a ritenerlo un diritto soggettivo[234], considerando che fosse così denominato dalla stessa legge sul

[231] Cons. Stato sez. V, 14 marzo 2023, n.2674. T.A.R. Bari, (Puglia) sez. I, 23 giugno 2022 n.925

[232] Che al paragrafo 36.1 statuisce che <<Se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge>>.

[233]. Cfr. Consiglio di Stato 7 aprile 2004 n. 1969; 8 settembre 2003 n. 5034, 12 aprile 2005 n. 1679 e 27 maggio 2003 n. 2938.

[234]. Cfr. Consiglio di Stato 7 aprile 2004 n. 1969; 8 settembre 2003 n. 5034, 12 aprile 2005 n. 1679 e 27 maggio 2003 n. 2938.

ISSN 2036-7821

procedimento; che la valutazione fatta dall'autorità pubblica circa l'opportunità di accogliere la richiesta non fosse discrezionale, bensì vincolata a precisi parametri legislativi e che la previsione in materia della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non avrebbe avuto ragion d'essere se la posizione da tutelare fosse certamente di interesse legittimo[235].

Tanto, anche alla luce dell'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, a seguito della modifica apportata all' art. 22, co. 2 della legge n. 241/ dalla legge n. 15 del 2005.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, superando le due posizioni fondate sulle categorie classiche, prima con la sentenza n. 6 del 2006 e, successivamente, con la sentenza n. 19 del 2020, ha sostenuto che l'accesso non è né un dritto soggettivo né un interesse legittimo, ma una situazione strumentale volta alla tutela di diritti ed interessi, per la protezione situazioni giuridiche soggettive che possono anche non assumere la consistenza né del diritto soggettivo né dell'interesse legittimo[236].

Nella più volte ricordata Adunanza Plenaria n. 10/2020, infine, criteri elaborati per l'accesso documentale vengono posti in relazione alle forme di accesso civico evidenziandosi come la natura strumentale dell'accesso che nella forma prevista nella legge sul procedimento amministrativo è strumentale al "bisogno di conoscere" per tutelarsi (non necessariamente in giudizio), non muta nell'accesso civico in cui la strumentalità diviene funzionale al "desiderio di conoscere" per informarsi, per controllare, per partecipare e anche, incidentalmente, per sostenere e rafforzare con elementi di rilevo pubblicistico un interesse personale[237].

In buona sostanza, pur arrivando a definire l'accesso civico <<quale diritto fondamentale (c.d. *right to know*), in sé, che è premessa autonoma e fondamentale per l'esercizio di qualsivoglia altro diritto>>, il Consiglio di Stato, lo assimila all'omologo istituto procedimentale, come strumento per interfacciarsi con l'amministrazione[238] , di fatto, riducendone la portata.

---

[235] S. BELLOMIA, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi e i suoi limiti* Varese, 2000. In giurisprudenza la tesi fa leva essenzialmente sul carattere vincolato dei poteri rimessi all'amministrazione in sede di esame dell'istanza di accesso, poteri aventi ad oggetto la mera ricognizione della sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi all'accesso. Viene, inoltre, evidenziata la peculiarità dei poteri istruttori del giudice, volti a valutare la sussistenza dei requisiti sostanziali che legittimano all'accesso. (Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2004 n. 2866)

[236] Cons. Stato, Ad. plen., 18 aprile 2006 n. 6 e 25 settembre 2020, n.19. Di natura ibrida parla V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in Federalismi.it, n. 11/ 2018 pp. 15-17.

[237] Nel caso esaminato dall'Adunanza quello al recesso pubblicistico dal contratto non eseguito nel rispetto delle regole pubblicistiche poste a garanzia degli interessi della collettività all' affidabilità dell'operatore e all'efficienza del servizio che allo strsso tempo possono condurre al subentro nel contratto da parte del proponente l'istanza.

[238] La natura strumentale della posizione soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento caratterizza marcatamente la strumentalità dell'azione correlata e concentra l'attenzione del legislatore, e quindi

ISSN 2036-7821

Si è già osservato, altrove, che ciò ha generato interpretazioni restrittive nella giurisprudenza sia sotto il profilo della legittimazione che dell'ambito oggettivo dell'istituto in questione, dimostrando come, passando dal piano formale a quello sostanziale il nostro ordinamento fatichi a riconoscere, se non nominalmente alla trasparenza e ai suoi strumenti piena dignità ed autonomia.

Sul piano della posizione processuale, invece , la natura di interesse legittimo peculiare, come è stato correttamente evidenziato, non si pone in contrasto con la definizione dell'accesso civico in termini di libertà fondamentale che non è incompatibile con la struttura giuridica dell'interesse legittimo, dipendendo piuttosto dalla circostanza che nell'ordinamento interno la corrispondente relazione che si viene a determinare per garantire detta libertà si attui attraverso una attività vincolata in tutti i suoi aspetti da un precetto normativo, secondo lo schema norma-fatto-effetto proprio del diritto soggettivo o comporti una attività di contemperamento tra l'interesse sotteso a quella pretesa ed eventuali altri interessi, pubblici o privati, concorrenti secondo lo schema norma-potere-effetto, proprio dell'interesse legittimo[239].

Il problema è nei poteri esercitabili dal giudice al fine di soddisfare la pretesa di conoscenza fatta valere, garantendo effettività alla tutela, considerato che nel caso dell'accesso generalizzato si ricade evidentemente nella secondo schema, che vincola il giudice entro i limiti posti al suo sindacato, impedendogli in ogni caso di sostituirsi all'amministrazione nell' attività di bilanciamento, alla luce del principio di proporzionalità, attraverso cui valutare se l'esigenza di accesso sia compatibile con la tutela di altri interessi pubblici perseguiti dall'ordinamento o se debba recedere o ancora se possa essere soddisfatta con misure appropriate che prescrivano restrizioni rispetto all'ampia diffusione e al riuso dei dati ricevuti[240].

Come visto, infatti, l'attività dell'amministrazione nell'accesso generalizzato, non è totalmente vincolata, trovandosi la stessa a dover compiere valutazioni connotate anche da ampia discrezionalità sull'oggetto della richiesta, in rapporto agli interessi sia pubblici che privati da tutelare, rispetto alle quali, nel caso di inerzia, il giudice non può andare oltre l'accertamento del diritto del ricorrente ad un provvedimento

---

dell'interprete, sul regime giuridico concretamente riferibile all'azione, al fine di assicurare, al tempo stesso, la tutela dell'interesse ma anche la certezza dei rapporti amministrativi e delle posizioni giuridiche di terzi controinteressati. Sul punto A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela* processuale, in *Federalismi.it*, 1 marzo 2017

[239] M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2019, pp. 453ss.

[240] Su questi presupposti, con la già richiamata sentenza n. 19/2020, la Corte Costituzionale ha stabilito l'illegittimità dell'art. 14, comma 1-bis, del d.lgs. n. 33/ 2013, nella parte in cui prevede la pubblicazione da parte delle amministrazioni dei dati anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

ISSN 2036-7821

espresso e alla condanna dell'amministrazione ad emetterlo; a prescindere da come sia qualificata la posizione di chi agisce.

9. Il dibattito sull'azione processuale nei confronti del silenzio in materia di accesso generalizzato. La maggiore rispondenza dell'art. 117 c.p.a. a tutelare, entro i limiti del possibile.

L' art. 5 comma 7 del d.lgs. n. 33/2013, a proposito della tutela giurisdizionale in materia di accesso generalizzato prevede che avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale ai sensi dell'articolo 116 c. p.a. il quale è strutturato come azione impugnatoria contro il diniego espresso o il silenzio rigetto sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza.

Analoga previsione è prevista, al successivo comma 8, con riferimento al riesame che è possibile richiedere al difensore civico, ove costituito, negli enti locali e nelle regioni.

Il ricorso, come è noto, è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata (116, comma 1) e il giudice è chiamato a decidere con una sentenza in forma semplificata, in cui potrà ordinare l'esibizione, e ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti.

Né la normativa sull'accesso né il codice del processo amministrativo prevedono una esplicita disciplina della tutela avverso il silenzio inadempimento sulle istanze di accesso generalizzato, se non la possibilità di attivare il richiamato potere sostitutivo del R.P.C.T. o, per gli enti locali del difensore civico, i quali, a loro volta, ai sensi dei commi 7 e 8 dell'art. 5 sono tenuti a provvedere in modo espresso.

L'unico silenzio diniego ricompreso, al comma 1 dell'art. 116 nel relativo rito è quello con valore di diniego previsto dall'art. 25, comma 4 della l.n. 241/90 sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi.

In realtà, nello schema iniziale del d.lgs. n. 33/2013, all' art. 5 era presente l'ipotesi di un silenzio con valore di rigetto anche per l'accesso generalizzato sulla quale il Consiglio di Stato, nel più volte richiamato parere n. 515/16, espresse forti e condivisibili perplessità, evidenziando, in particolare, la contraddittorietà del silenzio rigetto come modo di conclusione di un procedimento collegato ad un istituto volto, invece, a favorire la trasparenza che presuppone la necessità per l'interessato di ricevere una adeguata motivazione sulle ragioni del rigetto, al fine non solo di

ISSN 2036-7821

potersi tutelare[241], ma anche di avere chiaro il motivo per cui non gli fosse possibile esercitare la sua libertà d il suo diritto a conoscere, riconosciuto come libertà fondamentale.

Nella formulazione finale della norma, il legislatore ha eliminato la previsione del silenzio rigetto, prevedendo esclusivamente che il procedimento debba concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza (art. 5 comma 6).

Da ciò è derivata la questione interpretativa sull'azione da attivare in sede giurisdizionale qualora l'amministrazione sia rimasta silente. Infatti, la circostanza che il legislatore abbia imposto all'amministrazione di pronunciarsi espressamente sulle istanze di accesso generalizzato, comporta che l'eventuale silenzio da questa serbato rappresenti una forma di mera inerzia, quindi un silenzio inadempimento[242].

Così, la prima giurisprudenza ha ritenuto che la tutela fosse da ricercare attivando il rito sul silenzio ex art. 117 c.p.a. e, successivamente, qualora intervenisse un diniego espresso sulla domanda di ostensione, il rito sull'accesso ex art. 116 c.p.a.[243]

Tanto, sul presupposto che l'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 non prevede il silenzio diniego come possibile esito del procedimento di accesso e richiama, ai commi 7 e 8, il rito speciale in materia di accesso di cui all' art. 116 c.p.a., con riferimento ai soli casi di provvedimento espresso adottato direttamente dall'amministrazione o in seconda battuta e in sede di riesame, del RPCT o dal difensore civico[244].

Secondo questo orientamento, a rilevare è la circostanza che nell'ipotesi in cui l'amministrazione, o in sede di riesame il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza non si siano espressi sull'istanza di accesso, l'inerzia non può essere qualificata come significativa, in particolare in termini di silenzio diniego, ma va considerata, più propriamente, come silenzio inadempimento[245].

---

[241] In particolare il Consiglio di Stato ha osservato che <<11.11 Sempre con riferimento al comma 5, viene introdotto un caso di silenzio rigetto, la cui finalità "mitigatrice", a fronte dell'estensione dei possibili casi di libero accesso civico, risulta chiaramente evidente, ma che costituisce, come è noto, un istituto non poco problematico dal punto di vista della partecipazione dei cittadini alla vita amministrativa, ancor più quando, come nel caso di specie, non è accompagnato dall'obbligo di motivare il rifiuto espresso. Appare, pertanto, opportuno omologare la procedura in argomento a quella prevista dall'articolo 25 della legge n. 241 del 1990 per le modalità di esercizio del diritto di accesso "ordinario", imponendo, dunque, che il rifiuto dell'accesso, salvi i limiti e i casi di esclusione appresso disciplinati, debba comunque essere motivato, ancorché sinteticamente. Coerentemente, infatti, all'impianto di d*isclosure* perseguita, una valorizzazione adeguata del diritto di conoscenza rende necessario, a fronte dell'attribuzione ai singoli cittadini del diritto di richiedere informazioni alle amministrazioni, il corrispondente obbligo di queste ultime di indicare gli eventuali motivi posti a base dell'eventuale diniego di accesso, conformemente a quanto accade nel F.O.I.A. statunitense>>.

[242] T.A.R. Campania – Napoli, sez.VI, 23 luglio 2018, n. 4931.

[243] T.AR Campania – Napoli, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5901.

[244] Consiglio di Stato, sez. V, 12.2.2020, n. 1121.

[245] TA.R Campania – Napoli, sez. VI, n. 5901/2017 e 4913/2018; T.A.R. Lazio- Roma, n. 9076/2017 e 1458/2019.

ISSN 2036-7821

Di conseguenza, la tutela giurisdizionale deve essere attivata con un ricorso ai sensi della specifica disciplina dell'art. 117 c.p.a., a cui si connette il potere del giudice, indagato nella prima parte di questo scritto, di accertare nel merito il fondamento della pretesa, quando, ai sensi dell'art.31 comma 3, <<si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione>>.

Questa interpretazione si fonda sull'assunto per cui il silenzio inadempimento, non può essere ricompreso nella nozione di "decisione", di cui all'art. 5 comma 7, d.lgs. 33 del 2013, avverso cui l'interessato può ricorrere al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 116 c.p.a.[246], non potendosi avere una forma di silenzio rigetto in assenza di una previsione legislativa come quella dell'art. 25, comma 4 della legge 241 del 90[247] , secondo quanto stabilito dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990 e, in applicazione del principio di certezza dei rapporti giuridici pubblicistici[248].

Tanto più nel caso di specie, in cui l'ipotesi del silenzio diniego era stara inizialmente prevista nello schema del decreto n. 33/13 per poi essere espunta perché contraddittoria rispetto alle esigenze di certezza e trasparenza che hanno portato all'introduzione dell'accesso civico, favorendo comportamenti "opachi" dell'amministrazione [249].

Di tal che, se l'amministrazione rimane inerte dinanzi alla richiesta di accesso generalizzato è possibile <<coltivare due strade: a) attivare la speciale tutela amministrativa davanti al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'art. 5 comma 7 del d.lgs. n. 33/2013 (proprio al fine di ottenere un provvedimento espresso); b) attivare la speciale procedura giurisdizionale di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., onde far accertare l'illegittimità del silenzio - inadempimento e dunque per ottenere una condanna della Amministrazione al rilascio di un provvedimento espresso>>[250].

In questo senso, secondo la tesi che si sta analizzando, anche la previsione di una speciale tutela amministrativa interna, attivabile con l'istanza al RPCT, trova fondamento proprio nell'esigenza di assicurare all'interessato "una risposta chiara e

[246] T.A.R. Napoli, sez. VI, 27.8.2019, n. 4418.

[247] In senso contrario, T.A.R. Puglia, sez. I, 18.10.2018, n. 1344; Consiglio di Stato n. 2737/2019 cit.

[248] Cfr. Consiglio di Stato sez. VII, 12 aprile 2023, n.3699.

[249] La possibilità che il silenzio dell'amministrazione ma sia spesso una scelta strategica e si presti ad ambiguità, è circostanza nota, sul punto si segnala A. LAMBERTI, *Il ricorso avverso il silenzio*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo,* Torino, 2000, per cui <<il silenzio diviene subdolo strumento per evitare, o almeno ritardare, l'adozione di provvedimenti che l'ordinamento impone o consente di adottare nel momento considerato, per propiziare soluzioni amministrative non attuabili in maniera espressa. Basti al riguardo pensare, ad esempio, alla pratica non infrequente del mancato esame delle istanze di concessioni edilizie dopo la scadenza del termine di applicazione delle misure di salvaguardia>>.

[250] T.A.R. Lazio – Roma, sez. III- quarter, 11.11.2021, n. 11656; T.A.R. Lazio- Roma, sez. III- quarter, n. 10620/2019.

ISSN 2036-7821

motivata"[251] e in tempi celeri, con l'ausilio della figura presente in ciascun ente, preposta a dare concretezza al principio di trasparenza; ciò che è indice della volontà del legislatore di giungere ad un formale provvedimento scritto.
Inoltre, l'inapplicabilità del rito sull'accesso, deriverebbe dall'ontologica diversità di tutela garantita, tra le fattispecie di accesso documentale e accesso civico generalizzato, testimoniata dalla diversa scelta operata sul piano della disciplina sostanziale di ammettere solo per la prima l'ipotesi del silenzio diniego.
Tale differenza sarebbe giustificata dal fatto che, nel caso dell'accesso documentale, il giudice è chiamato a garantire la realizzazione di una specifica posizione soggettiva giuridicamente tutelata, e ciò nei limiti e in funzione dell'interesse diretto, concreto e attuale dell'istante alla conoscenza di determinati documenti, e comunque entro i limiti previsti dall'art. 24 della l. n. 241 del 1990, mentre, nel caso dell'accesso civico generalizzato, la posizione legittimante l'accesso non è strumentale alla tutela di un interesse personale del richiedente, ma è costituita da un generico e indistinto interesse di ogni cittadino al controllo del buon andamento dell'attività amministrativa[252].
Rispetto a questo orientamento, se ne è affermato un secondo che si pone in netta antitesi, postulando l'applicabilità del rito sull'accesso, previsto dall' art. 116, anche per le ipotesi di silenzio su una istanza di accesso civico generalizzato[253], in linea con quanto in proposito suggerito dalle specifiche linee giuda dell'ANAC del 2016 che indicano il rito in questione come rimedio <<a fronte del rifiuto espresso, del differimento o dell'inerzia dell'amministrazione>>[254].
La giurisprudenza formatasi sul punto[255], ha considerato il rito sull'accesso documentale <<plasticamente applicabile al nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato>>[256] sul presupposto che l'azione disciplinata dall' art. 116 del codice del processo amministrativo sarebbe rivolta non solo contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso documentale, ma anche , per espressa previsione dello stesso comma 1 della citata disposizione, <<alla tutela del diritto di accesso civico, connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza>>, in cui ben può rientrare l'azione a tutela dall'inerzia.
Ciò condurrebbe a ricomprendere nel significato del termine utilizzato al comma 1 dell'art. 116 anche il silenzio inadempimento, <<in considerazione del fatto che nel più è contenuto il meno>>[257], pur se in realtà la disposizione in esame è stata

[251] T.A.R. Lazio- Roma, sez. II- bis, 2.7.2018, n. 7326.
[252] T.A.R. Roma, sez. V, 05 gennaio 2023, n.207 T.A.R. Firenze, sez. II, 24.10.2019, n. 1421.
[253] Cfr. T.A.R. Firenze, sez. II, 24.10.2019, n. 1421; Consiglio di Stato, sez. VI, 25.6.2018, n. 3907.
[254] Linee guida A.N.A.C. adottate con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, paragrafo 14, in https://foia.gov.it/normativa/linee-guida-anac.
[255] Di recente, T.A.R. Lazio- Roma, 14.3.2022, n. 2890
[256] Consiglio di Stato, sez. VI, 29.4.2019, n. 2737.
[257] V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi, cit. p.*

ISSN 2036-7821

approvata prima che nell'ordinamento facesse ingresso la disciplina dell'accesso civico e quindi, l'unico riferimento all'epoca era il silenzio diniego sull'istanza di accesso ai documenti amministrativi, cui espressamente il citato comma 1 dell'art. 116 si riferisce letteralmente.

Su tale presupposto, il termine "decisione" utilizzato dal legislatore andrebbe letto in modo coordinato con la previsione del comma 1 e dimostrerebbe una formulazione ampia della norma, tale da includere nel proprio ambito oggettivo di applicazione <<le determinazioni ed il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza>>[258].

Oltre a questi due orientamenti principali, si registrano posizioni intermedie che testimoniano la difficoltà nel trovare un punto di equilibrio, come quella in cui il TAR ha definito il giudizio nel merito, facendo, però emergere forti perplessità sulla tesi attorea circa la formazione di un silenzio significativo[259].

In tale gruppo va segnalata quella giurisprudenza che, cosciente dell'ambiguità normativa in materia di rito esperibile, indipendentemente dalla proposizione del ricorso attraverso il rito dell'accesso o del silenzio, sostiene l'obbligo del giudice di accertare il diritto a conoscere i documenti ed eventualmente ad ordinarne l'ostensione, qualora l'attività amministrativa sia vincolata[260].

Ancora, stante la simultanea proposizione di domande ex artt. 117 e 31, e 116 c.p.a., il giudice amministrativo ha ritenuto non sussistere difficoltà di ordine processuale, posto che in entrambi i casi è previsto il rito camerale[261].

Le due azioni hanno sicuramente importanti punti di contatto, rappresentanti dal radicamento della giurisdizione esclusivamente in capo al giudice amministrativo e dall'applicazione del rito camerale, essendo quindi parimenti soggetti alle disposizioni dell'art. 87 c.p.a., ma a le diverse conseguenze di ordine pratico che

---

[258] T.A.R. Abruzzo- Pescare, sez. I, 22.11.2018, n. 347.

[259] T.A.R. Lazio – Roma, sez. III - quarter, 17.9.2019, n. 11024.

[260] T.A.R. Campania- Napoli, sez. VI, 27.8.2019, n. 4418, per cui <<[…] deve considerarsi, tuttavia, che rispetto alle richieste di accesso generalizzato la "pratica" ha dimostrato che nei casi di silenzio serbato dall'amministrazione il comportamento processuale dei ricorrenti non è sempre uniforme, cosi le azioni intentate e le domande formulate in giudizio si sono differenziate. In ragione di ciò anche il giudice amministrativo, di fronte a scelte processuali non univoche, e considerata la materia, ha preferito non porre particolari questioni processuali, ma ha privilegiato la scelta di dare sempre una risposta di "merito" al ricorrente, "adattando" il rito speciale azionato alla domanda processuale avanzata>>.

[261] T.A.R. Marche- Ancona, sez. I, 18.10.2018, n. 677, per cui <<Va premesso che, ad onta di quanto risulta dall'epigrafe del ricorso (in cui è richiamato solo l'art. 116 cod. proc. amm.), in realtà parte ricorrente introduce due distinte domande, la prima finalizzata a denunciare l'illegittimità del silenzio serbato dal Comune sull'istanza di accesso, la seconda finalizzata invece ad ottenere una sentenza di accertamento (del diritto di accesso) e di condanna (all'esibizione degli atti in questione). Ciò non pone peraltro alcun problema di ordine processuale, visto che i giudizi di cui, rispettivamente, agli artt. 31 e 117 cod. proc. amm. e 116 cod. proc. amm., seguono entrambi il rito camerale e sono dunque parimenti soggetti alle disposizioni dell'art. 87 del codice processuale amministrativo>>.

ISSN 2036-7821

discendono dall'adesione all'uno piuttosto che all'altro orientamento, fanno propendere per il più "garantito" rito dell'inerzia che è stato concepito nei suoi tempi (in particolare per proporre l'azione) e nei suoi modi (possibilità di nominare un commissario che si sostituisca all'amministrazione) proprio in funzione della fattispecie specifica per cui si chiede tutela.

Ed invero, dinanzi ad una ipotesi di inerzia sull'istanza di accesso, il giudice opererà, necessariamente, secondo lo schema esaminato per il silenzio inadempimento cui è certamente più aderente, sul piano processuale, la struttura dell'azione disciplinata dall' art.117 c.p.a., rispetto a quella, dello specifico rito in materia di accesso di cui all'art. 116. c.pa.

Ciò in quanto il rito dell'accesso, come visto, ha una conformazione esclusivamente impugnatoria, essendo la relativa azione rivolta "contro" determinazioni o forme di silenzio diniego che meno si concilia con la tutela dall'inerzia che ha ad oggetto, invece, il mancato esercizio del potere e non il suo prodotto.

In questo senso non si condivide la posizione di chi, pur riconoscendo che il legislatore avrebbe dovuto espressamente prevedere anche per l'accesso generalizzato la fattispecie del silenzio diniego, se avesse voluto correttamente uniformare la disciplina processuale di tutte le forme di accesso, alla fine ritiene comunque applicabile l'art. 116 c.p.a, ritenendo assorbente il profilo della specialità del rito e dubitando della applicabilità del rito previsto all'art. 117 c.p.a. per la tutela di posizioni diverse dal mero interesse legittimo [262].

In realtà, sebbene sia auspicabile il superamento della frammentazione della disciplina sia sostanziale che processuale relativa alle diverse figure di accesso, tanto che questo obiettivo è oggetto di studio ed è rientrato fra quelli da raggiungere attraverso le misure del PNRR (soprattutto, però, in relazione ai profili sostanziali e a tutela delle amministrazioni) [263] allo stato, in assenza di elementi che facciano ritenere il rito sull'accesso compatibile con la tutela dall'inerzia, è allo speciale e specifico rito disciplinato all'art. 117 del codice processuale che è opportuno rifarsi,

[262] V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso*, cit. p. 31-32.

[263] Dal 3 dicembre 2019 al 29 febbraio 2020 è stata indetta una procedura di consultazione pubblica, cfr. il Report del Dipartimento della Funzione Pubblica, *Consultazione pubblica su trasparenza e anti-corruzione: l'ascolto degli stakeholder*, 2020, avente l'obbiettivo di *"predisporre un mirato e puntuale intervento legislativo in tema di prevenzione del fenomeno corruttivo e di trasparenza"*, grazie all'ascolto degli stakeholder e dei responsabili della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Tale procedura di consultazione ha accompagnato i lavori della Commissione ministeriale costituita per la revisione dell'istituto della trasparenza presieduta da B.G. Mattarella. Infatti tra gli interventi del PNRR, compare tra le "riforme abilitanti" quelle volte all' "abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione" ove è indicato che "occorre evitare che alcune norme nate per contrastare la corruzione impongano alle amministrazioni pubbliche e a soggetti privati di rilevanza pubblica oneri e adempimenti troppo pesanti. È il caso delle disposizioni sulla trasparenza che prevedono – tra l'altro – obblighi di pubblicazione di numerosi atti, obblighi non sempre giustificati da effettive esigenze di conoscibilità dei cittadini e assai onerosi per gli uffici, soprattutto degli enti minori. È il caso, inoltre, delle norme che contemplano ben tre tipi di accesso ai documenti e alle informazioni amministrative.

tanto più alla luce dei richiamati arresti dell'Adunanza plenaria che hanno escluso la natura di diritto soggettivo per l'istituto in questione.

Del resto, lo si è già detto, sebbene il giudice nel rito di cui all'art. 116 disponga di poteri istruttori molto ampi, come evidenziato da ultimo dal Consiglio di Stato nella sentenza, sempre dell'Adunanza plenaria n. 4/2023[264], essi non appaiono nel caso concreto più incisivi di quelli esaminati a proposito dell'istruttoria nel l'azione disciplinata dall'art. 117, essendo preclusa in entrambi i casi la possibilità di sostituirsi all'amministrazione nelle valutazioni discrezionali.

Invero, la giurisprudenza, ha talvolta ritenuto che su un'istanza di accesso civico generalizzato non si porrebbe il problema di un eventuale sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione o di violazione dell'art. 31, comma 3, cod. proc. amm., in quanto nel caso di accesso civico generalizzato l'amministrazione destinataria della richiesta <<non dispone di alcun potere discrezionale circa l'accoglimento o meno della domanda, avendo già il legislatore stabilito a monte quali sono le categorie di documenti sottratti all'accesso civico>>[265]". Detto orientamento, tuttavia, sembra disancorato dai dati normativi e non condiviso dalla stessa giurisprudenza[266].

Infatti, le categorie escluse dall'obbligo di *disclosure*, previste dall'art. 5 bis, sono state oggetto di critica proprio perché dai contorni eccessivamente sfumati, circostanza che oltre a implicare il necessario esercizio di un potere discrezionale permetterebbe, addirittura, all'amministrazione di sottrarsi agli obblighi di trasparenza, tradendo cosi l'intera *ratio legis*[267].

Va, inoltre considerato che, mancando una espressa disposizione di raccordo fra il rito dell'accesso e l'azione per il risarcimento del danno, segnatamente derivante dal mancato o ritardato accesso, la giurisprudenza amministrativa prevalente ritiene che, in ragione della sua struttura semplificata e accelerata, che non permette l'introduzione di domande diverse[268], non si possano proporre domande risarcitorie

---

[264] potendo <<disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili nella disponibilità della pubblica amministrazione ai sensi artt. 63, comma 1, e 64, comma 2), nonché l'ispezione e l'esibizione di documenti in possesso di terzi (art. 63, comma 2))>> *Cfr.* Cons. Stato, Adunanza plenaria, Sentenza 24 gennaio 2023, n. 4, capo 2.3.

[265] T.A.R. Marche- Ancona, sez. I, 18 ottobre 2018, n. 677.

[266] T.A.R. Emilia Romagna – Bologna, sez. II, 8 novembre 2018, n. 821, In senso conforme, può citarsi il T.A.R. Lazio – Roma, sez. II – bis, 2.7.2018, n. 7326.

[267] Il Consiglio di Stato ì, nel parere reso nel 2016, ebbe modo di notare che <<Le numerose e non sempre puntuali eccezioni previste, a tutela di interessi pubblici e privati, all'obbligo di *disclosure d*al nuovo articolo 5-bis, che vanno ad aggiungersi ai "casi di segreto di Stato" ed agli "altri divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge", seppur evidentemente contrassegnate da finalità compensative a fronte della potenziale ampiezza degli ambiti dell'accesso civico, possono ragionevolmente aumentare le perplessità circa la concreta efficacia del provvedimento in esame. In mancanza di criteri più dettagliati per la valutazione del pregiudizio che la pubblicazione potrebbe arrecare agli interessi tutelati, le amministrazioni, infatti, potrebbero essere indotte ad utilizzare la propria discrezionalità nella maniera più ampia, al fine di estendere gli ambiti non aperti alla trasparenza>>.

[268] Cfr. Cons. St., Sez. V, 29 marzo 2011, n. 1927.

ISSN 2036-7821

nell'ambito dei giudizi promossi ex art. 116 c.p.a. e che il giudice possa pronunciarsi sulle stesse, ove proposte, solo nelle ipotesi in cui respinga il ricorso, in quanto sarebbe contrario al principio di economicità in questo caso, rinviare la decisione sul risarcimento[269].

Sebbene tale elemento non sia stato considerato dirimente, potendo il giudice ricondurre al rito ordinario le domande connesse, ma soggette a riti diversi ai sensi dell'art. 32 c.p.a. o procedere per gradi, decidendo prima sulla domanda principale relativa all'accesso in base al rito proprio e poi su quella connessa di risarcimento, in base al rito ordinario[270], esso evidenzia una maggiore idoneità del rito previsto all' art. 117, in cui invece le due azioni possono espressamente convivere, a soddisfare le esigenze collegate a una domanda di reazione ad una forma di inerzia dell'amministrazione cui è fisiologicamente collegata almeno l'azione di risarcimento per danno da ritardo.

Ciò anche considerando, che il termine breve di trenta giorni per proporre l'azione previsto dall'art. 116, se da un lato non aggiunge maggiore forza alla tutela del diritto di conoscenza rispetto a quello lungo di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento previsto dall'art. 117, condividendo con lo stesso la natura accelerata e semplificata del rito, ne sottrae, certamente all'azione di risarcimento che, in ogni caso, difficilmente può essere proposta contestualmente al ricorso avverso il silenzio, in ragione del poco tempo a disposizione per raccogliere gli elementi di prova da offrire al giudice a sostegno della domanda che il termine lungo di decadenza dall'azione avverso l'inerzia concede.

In questo senso, anche sotto il profilo del termine per la proposizione dell'azione, l'art. 117 appare più idoneo ad una tutela piena.

L'art. 116, infatti, prevede un termine decadenziale di 30 giorni entro cui proporre il ricorso, per il calcolo del quale non è neanche facile stabilire il *dies a quo*, attesa la articolata disciplina di definizione dell'istanza che vede innestarsi sul termine generale di conclusione del procedimento, fissato in trenta giorni dall'art. 5 comma 6 del d.lgs.n. 33/2013 alcune ipotesi di sospensione.

Ci si riferisce alla sospensione prevista dal comma 5 della medesima disposizione nel caso in cui l'amministrazione individui soggetti controinteressati e trasmetta loro l'istanza entro dieci giorni dalla sua ricezione e a quelle previste dai commi 7 e 8, nel caso in cui il RPCT o il difensore civico, in sede di riesame, rilevino l'esigenza di acquisire la pronuncia del garante per la protezione dei dati personali.

Così, sebbene sia condivisibile la tesi secondo cui che l'unico criterio oggettivo possibile sia quello di far decorrere i trenta giorni per l'impugnazione dalla scadenza

[269] Cfr. TAR Campania – Napoli del 26.03.2015, n. 1809; TAR Calabria – Reggio Calabria del 14.02.2013, n. 102; TAR Lazio – Roma del 08.01.2013, n. 114; TAR Abruzzo – Pescara del 26.11.2012, n. 505;

[270] V. PARISIO, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, n. 11/ 2018, pp. 20-21

ISSN 2036-7821

del termine per provvedere assegnato all'amministrazione[271], lo stesso rischia di rendere l'azione antieconomica per il soggetto interessato, atteso che, una volta avviata l'azione e affrontati i relativi costi (ridotti, ma presenti) basterebbe all'amministrazione dimostrare di avere in corso un'attività endoprocedimentale che giustifichi la sospensione o di averla avuta al momento della presentazione del ricorso per privare di utilità l'azione proposta.
E' evidente, dunque, il rischio maggiore di incorrere in pronunce di tardività per un diverso criterio utilizzato dal giudice per stabilire il *dies a quo* per il calcolo del termine decadenziale; la sua inammissibilità per carenza di interesse se l'istruttoria risulti ancora legittimamente in corso e, ovviamente. la sua improcedibilità se nelle more intervenga un provvedimento espresso.
Ciò, senza che, di contro una volta trasferita la questione nella sede processuale il giudice sia in grado di garantire una tutela piena, per la già evidenziata preclusione generale derivante dall'art. 34 comma 2 c.p.a. di sindacare su una attività discrezionale ancora non svolta.
L'art. 117 in combinato con l'art. 31, invece, prevedono un termine più lungo, di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, per proporre l'azione giurisdizionale, con l'ulteriore possibilità, non prevista dal rito in materia di accesso, di nominare un commissario *ad acta* per l'ipotesi in cui l'amministrazione rimanga inerte[272].

10. Conclusioni. Ai confini della realtà: alcune proposte per rendere più incisivo il ruolo del giudice nell'azione ex art. 117 c.p.a, dinanzi al limite dell'inesauribilità del potere.
L'analisi fin qui condotta ha evidenziato la crescente rilevanza riconosciuta dall'ordinamento alla tutela contro l'inerzia della pubblica amministrazione nel processo di trasformazione del rapporto fra pubblici poteri e loro interlocutori, siano essi cittadini o no.
L'obbligo di provvedere, infatti, si riconnette al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. non solo nella sua accezione interna come dovere per

[271] In questo senso, A. CORRADO, *op. cit.*, p. 13. L'osservazione è in linea con quanto aveva suggerito il Consiglio di Stato nel richiamato parere del 2016, secondo cui, fermo restando l'obbligo motivazionale in ipotesi di diniego all'accesso, riteneva per l'accesso generalizzato opportuno omologare la procedura in argomento a quella prevista dall'articolo 25 comma 4 della legge n. 241 del 1990 a mente del quale <<Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5>>.

[272] Sul tema, la giurisprudenza ha mostrato una certa sensibilità, conscia delle ripercussioni in termini di tutela effettiva che derivano dall'incerta applicazione di due riti la cui forbice temporale è molto ampia, prestandosi a valutare la proponibilità del ricorso sia rispetto al termine di cui all'art.116 che 117. T.A.R. Sicilia – Catania, sez III 17.7.2020, n. 1781. In questo caso pur ritenendosi applicabile il rito ex art. 116 e quindi il termine decadenziale breve per la proposizione del ricorso, il g.a. ha accertato l'irricevibilità del ricorso medesimo anche in riferimento al termine più lungo di cui all'art. 31, comma 2.

ISSN 2036-7821

l'amministrazione di svolgere le funzioni ad essa attribuite, secondo legge e nell'interesse della collettività, ma anche nella sua proiezione esterna come dovere di esternare le ragioni delle sue decisioni, tanto più quando queste siano limitative della sfera giuridica dei soggetti su cui esse incidono e, quindi, come diritto della persona a conoscere le motivazioni nei provvedimenti avviati d'ufficio e a ricevere risposta in quelli su istanza di parte.

In particolare, si è visto, nei procedimenti ad iniziativa privata, che qualunque sia la natura giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo) della pretesa avanzata da chi attivi un procedimento, la pubblica amministrazione ha l'obbligo di rispondere, entro il temine di conclusione del procedimento in modo scritto e motivato (anche succintamente nelle ipotesi di manifesta infondatezza della richiesta).

Costituisce, infatti, diritto fondamentale di ogni persona ai sensi dell'art. 2 Cost, cui corrisponde una prestazione di livello essenziale in capo alle istituzioni, ai sensi dell'art. 117 Cost., <<sapere se una sua istanza rivolta all'amministrazione merita o no accoglimento>>.[273]

Tale configurazione si poggia sulle fondamenta classiche che legittimano l'esercizio del potere e sovrintendono alla sua efficienza[274]; alla correttezza dei rapporti con il cittadino improntati alla collaborazione[275], ma anche sui nuovi valori che vanno connotando il dialogo fra stato apparato e stato comunità, ed in particolare quelli discendenti dall'attuazione dei diritti sociali e del principio di sussidiarietà orizzontale che indirizzano il nostro ordinamento ad una sempre più fattiva compartecipazione del privato alla vita amministrativa[276].

La rilevanza sociale dell'obbligo di provvedere espressamente è particolarmente significativa negli istituti passati in rassegna di accesso ai documenti, ai dati e alle informazioni della pubblica amministrazione. Tali istituti sono andati evolvendosi fino a raggiungere, con l'ultimo strumento dell'accesso generalizzato, la consistenza di presidio democratico attuativo del principio di trasparenza totale secondo il modello F.O.I.A. Tale modello presuppone un confronto continuo e uno scambio

[273] TAR Napoli, sez III, 10 dicembre 2019 n. 5386.

[274] L'obbligo di provvedere risponde anche alle esigenze di evitare alla stessa amministrazione un aggravio di lavoro collegato agli contenziosi di tipo amministrativo o giurisdizionale che costituiscono la inevitabile reazione dei privati dinanzi all'inerzia, (Cfr. Cons. Stato, 8 settembre 2016, n.3827) e di monitorare dall'interno la capacità di risposta alle esigenze della comunità ai fini della valutazione della performance e del miglioramento delle prestazioni (T.A.R. Roma, sez. III, 7 novembre 2022, n.14439).

[275] T.A.R. Napoli, sez. V, 09 marzo 2020, n.1038 secondo cui, a prescindere dalla fondatezza o meno dell'istanza, <<sussiste il dovere dell'Amministrazione, discendente dal principio di leale collaborazione che deve improntare il rapporto tra privato e P.A., di provvedere con provvedimento espresso sull'istanza autorizzatoria e, dunque, di concludere il procedimento positivamente o negativamente>>.

[276] per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, che presuppone la trasparenza delle decisioni pubbliche, intesa innanzitutto come loro piena comprensione e conoscibilità per sfuggire al rischio di "opacità" nell' esercizio del potereConsiglio di Stato sez. II, 21 giugno 2021, n.4756.

ISSN 2036-7821

quasi osmotico e circolare di informazioni fra pubblico e privato e, quindi, il dovere dell'amministrazione di rispondere prontamente ed espressamente alle relative richieste.

In questo senso è stata letta, nel corso del lavoro, la ferma critica del Consiglio di Stato all'ipotesi inizialmente prevista nello schema del decreto legislativo che ha introdotto l'accesso generalizzato di estendere a tale istituto l' applicabilità del silenzio diniego, già prevista per l'accesso documentale, stante la profonda differenza fra i due istituti e l' inidoneità della decisione silente a soddisfare le esigenze opposte di apertura e piena conoscibilità che l'accesso generalizzato persegue per un controllo diffuso, sistematico, completo e democratico sull'attività amministrativa.

La conseguente qualificazione del silenzio sulleistanza di accesso generalizzato come inerzia, ha posto il problema di come garantire tutela tempestiva ed effettiva a questo diritto e, in proposito, si è dato conto delle ragioni che, in attesa di una pur auspicabile riforma della disciplina complessiva delle varie tipologie di accesso fanno propendere per l'applicazione del rito ex art. 117 c.p.a., piuttosto che di quello speciale disciplinato all'art. 116.

Fra i motivi che hanno indotto la preferenza, mi limito a richiamare, perché utile alle conclusioni, quello relativo alla migliore conformazione del rito sul silenzio a consentire al giudice una istruttoria più dinamica e dialogica con l'amministrazione nell'ipotesi in cui non ci si trovi dinanzi ad una fattispecie riferibile ad attività vincolata, in cui è previsto che il giudice possa procedere direttamente a soddisfare la pretesa sia nel rito sull'accesso che in quello sul silenzio, ma alla diversa fattispecie in cui risultino profili di valutazione discrezionale o siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti necessariamente dall'amministrazione, non potendo, in questo caso, il giudice sostituirsi ad essa, in ragione del limite a sindacare le scelte non compiute previsto dall'art. 34 comma 2 c.p.a[277].

In questa seconda ipotesi, il giudice, quindi, assume un ruolo di direzione verso il risultato della vicenda non solo processuale, ma anche procedimentale, dovendo esercitare poteri, oltre che di accertamento e condanna a provvedere[278], anche

[277] Secondo cui al giudice compete solo annullare gli atti illegittimi, non potendosi sostituire all'amministrazione. O. RANELLETTI, *Le guarantigie della giustizia nella pubblica amministrazione,* Milano, 1937 p. 482.

[278] Nel tempo, al giudice è stata riconosciuta una crescente capacità di assumere decisioni idonee a conformare l'attività dell'amministrazione, senza sostituirsi ad essa, ma indicando in motivazione criteri stringenti al punto da costituire quasi ordini. In questo senso va la pronuncia del Consiglio di Stato sez. VI, 30 dicembre 2022 n. 11760 già richiamata come precedente in materia di *one shot*, che sebbene pronunciata in un giudizio di annullamento ha bene evidenziato, in una vicenda lunghissima avente ad oggetto il riconoscimento di un contributo alla produzione di opere cinematografiche, come il comportamento del MIBACT che, più volte condannato a rivedere la sua valutazione, nel dare esecuzione alle sentenza individuava sempre ulteriori profili per confermare il suo giudizio negativo, fosse non solo illegittimo, ma avesse anche comportato la consumazione del potere in capo all' amministrazione, consentendo al giudice di porre criteri vincolanti per la nuova scelta. Secondo il giudice amministrativo <<anche tenuto conto del disposto di cui all'art. 34 comma 1 lettera e) del c.p.a.,

ISSN 2036-7821

esecutivi, propri dello schema operativo derivante dal combinato disposto degli articoli 31 e 117 c.p.a. in cui è previsto il ricorso, se del caso, ad un commissario che concluda l'attività che il giudice non può svolgere, ma che in base alle risultanze istruttorie può fortemente indirizzare[279].

Il grado di effettività di questa tutela è, però, inversamente proporzionale all'approfondimento raggiunto nel corso dell'istruttoria processuale, nel senso che quanti più fatti siano stati accertati dal giudice, anche in ordine all' attività svolta dall' amministrazione di valutazione dei profili discrezionali, tanto più egli potrà condizionare nella sua decisone lo sviluppo futuro del rapporto fra interessato ed amministrazione[280].

A tal proposito, la giurisprudenza ha evidenziato come la riduzione della discrezionalità amministrativa, anche tecnica, possa può essere l'effetto <<di meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a svolgere ogni valutazione residua sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere>>[281], concentrando in una sola vicenda giurisdizionale tutta l'attività di cognizione che, altrimenti, potrebbe dover essere integrata dalla successiva fase dell'ottemperanza.

Nel caso specifico della tutela nei confronti del silenzio, prevista dall'art. 117 c.p.a., è emerso nel corso del lavoro che l'istruttoria processuale svolge un ruolo ulteriore rispetto alla particolare frattura nel rapporto di fiducia tra amministrazione e privato, derivante dall'inerzia dell'amministrazione lesivo, non solo del canone di buona amministrazione, ma anche, e soprattutto nella scala assiologica, dell'affidamento riposto dai cittadini nelle istituzioni di ricevere risposta alle proprie istanze[282].

---

appare dunque opportuno precisare che la valutazione positiva a suo tempo conseguita dall'appellante a seguito della prima valutazione del progetto filmico, nella quale aveva attenuto 70 punti, a seguito della presente pronuncia, non potrà più essere rimessa in discussione dall'amministrazione nel riesercizio del suo potere, oramai divenuto pressoché vincolato>>.

[279] Non a caso, la natura del commissario ex art. 117 è stata ritenuta in alcuni orientamenti giurisprudenziali diversa da quella di ausiliario del giudice perché sarebbe investito di un ruolo pienamente amministrativo e quindi verrebbe ad immedesimarsi con l'amministrazione (Cons. Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7). Tale lettura, sebbene non condivisa dal Consiglio di Stato che evidenzia, invece, l'elemento per cui il commissario esegue un dispositivo del giudice e trova nella pronuncia che lo nomina la sua legittimazione (Cons. Stato, Ad. Plen., el 25 maggio 2021n. 8), è indicativa della valenza che nel rapporto con l'amministrazione ha il rito sul silenzio rispetto a quello sull'accesso.

[280] D. VAIANO, Sindacato, cit. p.50 che sulla necessità di sfruttare meglio i poteri istruttori, rispetto alla tendenza retinente del giudice, oggi meno marcata rispetto all'epoca dell'articolo che si sta citando, richiama a sua volta l'autorevole posizione di V. SPAGNUOLO VIGORITA, in *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo,* in *Dir. Proc. Amm.*,1984, 7 e ss. che con ironica amarezza, denunciava questo atteggiamento dei giudici nella formula "L'istruttoria non s'ha da fare".

[281] Consiglio di Stato sez. VI, 25 febbraio 2019, n.1321.

[282] Tanto più, si è visto analizzando alcuni recenti orientamenti giurispudenziali, alla luce della rilevanza attribuita al valore del tempo nel rapporto pubblicistico, in base al quale il privato ha, invece, diritto a ricevere una risposta, anche negativae l'amministrazione è tenuta a svolgere tutte le valutazioni discrezionali proprie e di

ISSN 2036-7821

Tuttavia, sono emersi non pochi elementi di criticità da superare perché a tale risultato si giunga, soprattutto in considerazione del fatto che, a differenza di altre fattispecie, nel caso dell'accesso generalizzato il giudice si trova ad operare quasi al buio in ragione del fatto che il privato non ha bisogno di una legittimazione specifica per richiedere l'accesso; che non è tenuto a motivare l'istanza e che l'amministrazione, rimanendo silente, non ha fornito elementi conoscitivi su cui basare la decisone.

Di conseguenza il giudice, non potrà avere come parametro di valutazione della sussistenza dei presupposti per riconoscere l'esercizio dell'accesso all'interessato, né l'insieme delle prerogative comprese in una determinata posizione giuridica derivante da una specifica disposizione di legge da cui far discendere l'obbligo di provvedere; né le motivazioni particolari che abbiano indotto alla richiesta nel caso concreto; né alcun elemento sulla accoglibilità della pretesa secondo la parte pubblica.

In questa prospettiva, il processo diviene momento di necessaria ricostruzione dei termini della questione prima che di composizione della frattura nel rapporto fra privati e pubblica amministrazione derivante dal silenzio di quest'ultima e ciò richiede il potenziamento del ruolo del giudice e una più efficace configurazione dell'azione sul silenzio tale da poter favorire, possibilmente, la soddisfazione della pretesa.

A , tale risultato potrebbe contribuire, seguendo la logica conclusione di quanto fin qui ricostruito, il riconoscimento al giudice della possibilità non solo di vagliare l'attività eventualmente svolta dall'amministrazione nel corso dell'istruttoria (totale o parziale) del procedimento mai concluso, al fine di accertare la sussistenza dei presupposti per una tutela diretta della pretesa, ma anche di contenere i tempi dell'istruttoria procedimentale mai avviata e di conclusione del procedimento.

Tale approccio, obbligando l'amministrazione a provvedere, al più tardi, entro la conclusione del giudizio sul silenzio, eviterebbe quella <<defatigante alternanza tra procedimento e processo, con grave dispendio di risorse pubbliche e private>>[283] che costituisce la prima causa di ineffettività della tutela, mettendo in crisi il principio di cooperazione tra amministrazione e parte privata, sancito dall'art. 2-bis della legge 241/90.

Ciò potrebbe avvenire, *de iure condendo*, con una diversa configurazione dell'azione avverso il silenzio per il caso di mancato esercizio di un potere discrezionale.

---

acquisire quelle degli altri enti eventualmente coinvolti nel procedimento nel termine procedimentale, sebbene non perentorio, senza possibilità di ritornare a piacimento su quanto già delibato, nel rispetto dei principi costituzionali che finalizzano l'esercizio dei pubblici poteri al risultato di favorire un integrale sviluppo della persona umana nella sua dimensione relazionale e nell'esercizio dei suoi diritti civili di ogni tipo.

[283] Cfr. Cons. St. 1321/2019.

ISSN 2036-7821

In particolare, quando l'accertamento dell'obbligo di provvedere previsto al comma 1 dell'art. 31 non può essere seguito dalla pronuncia sulla pretesa di cui al successivo comma 3 per la necessità di adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione, al giudice potrebbe essere riconosciuta la possibilità di pronunciarsi anziché con una sentenza in forma semplificata di condanna a provvedere, come oggi previsto dall' art. 117 comma 2, mediante una ordinanza di condanna modellata sulle decisioni cautelari propulsive di "*remand*", attraverso cui assegnare all'amministrazione un termine, coincidente con quello già previsto dal comma appena citato <<non superiore, di norma, a trenta giorni>>, per provvedere e depositare in giudizio l' atto adottato (positivo o negativo).

Tale ordinanza, riprendendo i principi fissati dalla giurisprudenza in materia di *one shot*, potrebbe contenere anche indicazioni prescrittive sui limiti imposti nell'esercizio del potere, a seconda che le risultanze processuali in fase di accertamento abbiano indotto il giudice a rilevare profili di illegittimità nell'istruttoria procedimentale parzialmente svolta, in coerenza con quanto prescrive l'art. 34 comma 1 lettera e) del codice che consente al giudice di disporre, nella sentenza di condanna, le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato, sebbene con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'esecuzione, soprattutto nelle ipotesi in cui il potere amministrativo di tipo discrezionale debba ritenersi, oramai, pressoché esaurito, essendo stata compiuta la valutazione in ordine ai profili rimessi alla scelta degli organi amministrativi.

Nel caso di mancata esecuzione, si attiverebbe il potere sostitutivo del commissario *ad acta*, da individuare nell' ordinanza disattesa, come già previsto dal comma 3 dell'art. 117 a proposito della sentenza e, qualora il commissario concluda il procedimento in senso favorevole per il ricorrente, la sentenza che definisce il giudizio unico dovrebbe prevedere la condanna dell'amministrazione al pagamento di un *dietim* sanzionatorio da calcolarsi, a decorrere dalla data in cui il procedimento si sarebbe dovuto concludere in via ordinaria e fino alla data del rilascio del provvedimento.

Si potrebbe, inoltre, imporre una condanna alle spese da determinarsi in misura non inferiore a quella prevista dai parametri forensi ai valori medi e l'obbligo conformativo di tenere conto della sentenza nella valutazione della *performance* del dirigente e del responsabile del procedimento.

Si tratterebbe, in buona sostanza, di favorire l'anticipazione e la concentrazione in un solo giudizio dell'attività che nell'attuale sistema è articolata in più d'uno; quello che viene definito con la sentenza semplificata di condanna a provvedere, ai sensi del comma 3 dell'art. 117, in cui il giudice può nominare, ove occorra, un commissario *ad acta* e quello, previsto al successivo comma 4, in cui il giudice conosce di tutte le

ISSN 2036-7821

questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.
Potrebbe, comunque, essere assicurata una forma di appellabilità dell'ordinanza, costruita alla stregua di quella cautelare,[284] perché non risulti diminuito il diritto di difesa.
Questa proposta si pone nel solco di quella dottrina che già da tempo ha sostenuto la necessità di coniugare l'autonomia dell'amministrazione con le esigenze di certezza del diritto attraverso due teorie di cui si propone la sintesi.
La prima, più risalente, ha auspicato il trasferimento dell'esercizio delle potestà discrezionale dell'amministrazione dalla sede procedimentale a quella processuale[285], la seconda invece, sostiene la necessità di prevedere forme di limitazione all'esercizio del potere amministrativo quando il comportamento illegittimo dell'amministrazione si configuri come contrario al principio di certezza del diritto sul modello tedesco di decadenza (*verwirkung*). Se infatti, il principio di inesauribilità che caratterizza il nostro sistema amministrativo non consente forme, pure invocate[286], di decadenza vera e propria come in Germania, la sua "versione italica" << non esaurirebbe il potere, ma sarebbe una nuova regola per il suo esercizio. Un limite dunque.> [287]
Dette teorie meritano, infatti, di essere riprese alla luce dell'evoluzione che nel nostro ordinamento ha avuto l'obbligo di provvedere da parte dell'amministrazione, anche in senso negativo, sussistendo tutti i presupposti perché si configuri una tutela effettiva della pretesa attivata con l'istanza, secondo una prospettiva che incanali nel binario del processo le esigenze di certezza del diritto, attraverso strumenti come quello proposto che, pur non considerando consumato il potere dell'amministrazione, circoscrivano la possibilità per quest'ultima di esercitarlo senza limiti di tempo e di contenuto, dovendo intervenire il provvedimento, una volta avviata l'azione avverso l'inerzia, nei tempi stabiliti dal giudice amministrativo e sotto la sua vigilanza, in modo che, ove possibile, l'istruttoria processuale e quella procedimentale non si succedano e si alternino, ma convivano e convergano, nel comune obiettivo di dare al cittadino certezza di giustizia, la prima, e di amministrazione, la seconda.
Tale soluzione, sebbene non realizzi una forma di tutela piena, perché come è stato giustamente osservato, soggiacendo ai tempi del processo, dilata i termini a disposizione dell'amministrazione per provvedere[288], costituisce tuttavia la tutela più

[284] che spesso pronunciandosi sul *fumus boni iuris* è già essa stessa anticipazione del merito.
[285] Questa soluzione era stata già auspicata in dottrina da B. TONOLETTI, *voce Silenzio*, cit. p. 171.
[286] M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo, cit.p. 104.*
[287] In tal senso F. MERUSI *Sulla decadenza dall'esercizio del potere amministrativo* in R. URSI, G. ARMAO, C. VENTIMIGLIA (a cura di) *Liber amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022, pp. 229- 238.
[288] M. SICA, *Il rito del silenzio inadempimento: limiti e proposte*, in Giur, it, n. 4/ 2017, p. 993

effettiva possibile sul piano processuale nelle ipotesi in cui l'amministrazione non avrebbe affatto provveduto, se non costretta dall'ordine del giudice.
L'utilità di una tale impostazione, infatti, non va misurata secondo il parametro del tempo ordinario per provvedere che, evidentemente, se si arriva in giudizio è già stato violato e che l'amministrazione probabilmente non intende rispettare, ma alla luce del tempo più lungo e dei costi maggiori che l'attuale sistema delle azioni comporta per il privato il quale, oggi, seguendo l'art. 117 deve affrontare certamente il giudizio di accertamento e condanna dell'obbligo di provvedere e rischia di doverne affrontare successivamente un altro (di annullamento) o addirittura due (di esatta adozione, ai sensi del comma 4 e di annullamento, ai sensi del comma 5) nelle ipotesi in cui l'amministrazione non provveda in modo a lui favorevole.
Tanto più che questa peculiare azione di condanna dovrebbe, in prospettiva, assumere portata residuale rispetto ai nuovi rimedi, che nel diritto sostanziale sempre più frequentemente sono inseriti nelle singole discipline, per ottenere una piena attuazione dell'obbligo di provvedere, i quali dovrebbero ridurre i casi di inerzia, attraverso strumenti finalizzati ad incentivare i dipendenti diligenti; a dissuadere i comportamenti negligenti e a stimolare i poteri sostitutivi[289].
Fra questi, va qui richiamato quello, invero facoltativo, previsto all'art. 5 commi 7 e 8 del d.lgs. n. 33/13, già analizzato in precedenza, in base al quale, in caso di mancata risposta sull'istanza di accesso generalizzato, l'interessato, prima di agire in giudizio, può rivolgersi al RPCT e, nelle regioni e negli enti locali alternativamente al difensore civico ove istituito, per il rilascio dei documenti.
Tali istituti, se indicano una tendenza del legislatore a valorizzare il principio di cooperazione e corresponsabilità nel rapporto fra pubblico e privato anche in chiave deflattiva del contenzioso[290], pongono, a loro volta, nuovi problemi di bilanciamento

[289] Si è occupato di recente del tema in una accurata monografia S. VILLAMENA, *Inerzia amministrativa e nuove forme di tutela,* Torino 2020. L'autore si sofferma in particolare sulle discipline relative all'attivazione dei poteri sostitutivi; alla valutazione della performance organizzativa e individuale dell'ente e alla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici, sottolineandone i numerosi elementi di collegamento con l'assolvimento dell'obbligo di provvedere e la portata potenzialmente deflattiva dei casi di inerzia. In precedenza, D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 447 ss.

[290] Tuttavia, anche sul piano sostanziale tale processo è in divenire sia perché è tutt'altro che consolidata nella *forma mentis* degli amministratori pubblici la cultura del provvedere in tempi brevi o comunque ragionevoli; sia perché alcune novità di diritto sostanziale non sono assistite da un corredo incisivo di elementi dissuasori, di tal che il ruolo del giudice amministrativo continuerà a rivestire un ruolo centrale per un tempo ancora presumibilmente lungo. Ciò vale particolarmente in materia di performance. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, <<dovrebbe prevedersi una qualche forma di sanzione, o comunque di deterrenza, per il caso in cui il piano della performance non venga adottato laddove, invece, il testo attuale rischia di creare una sorta di impasse nel caso in cui il piano non sia stato adottato, non essendo prevista alcuna responsabilità di tutti i dirigenti ovvero di alcuni di essi. Analogamente, ci si potrebbe interrogare sull'opportunità di prevedere una sanzione anche per il caso in cui non venga adottata la Relazione, che rende possibile verificare quanto del Piano si è effettivamente tradotto in pratica>>. Consiglio di Stato comm. spec., 21/04/2017, n.917 in Foro Amministrativo (Il) 2017, 4, 895.

ISSN 2036-7821

con le esigenze di celerità ed effettività della tutela, nella misura in cui costituiscono un onere per il privato che, se non adempiuto, rischia di precludere o limitare la sua tutela giurisdizionale[291].

Anche sotto tale ulteriore profilo, ai fini del bilanciamento fra il principio della inesauribilità del potere e quello di effettività della tutela, appare più ragionevole una limitazione del primo a favore del secondo, in presenza di una serie di strumenti volti a sollecitare anche collaborativamente, l'intervento della decisione spontanea dell'amministrazione prima di adire il giudice che, a quel punto, sarebbe a maggior ragione, legittimato a dettare i tempi all'amministrazione anche nell'ipotesi di attività discrezionale.

Questo modello processuale, andrebbe a vantaggio della effettiva soddisfazione della pretesa in materia di accesso generalizzato cui sotto il profilo sostanziale l'ordinamento ha dato molto rilievo, come visto, per fondare e formare un nuovo concetto di cittadinanza e di rapporto fra comunità ed amministrazioni e che, quindi, appare paradossale sia stato equipaggiato con armi spuntate per la sua battaglia contro *l'ancien regime*[292].

[291] In questo senso, il previo esperimento dei rimedi di natura interna, costituisce, di fatto, già condizione di ammissibilità dell'azione di risarcimento, ai sensi dell'articolo 30 comma 3 del codice del processo, secondo cui il giudice esclude la condanna per quei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento. T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 19/09/2022, n.11910.

[292] Allo stato, infatti ben può capitare che il giudice ritenga di non andare oltre la declaratoria di illegittimità dell'inerzia e l'ordine di provvedere, quando l'attività istruttoria gli appaia gravosa ed antieconomca (Consiglio di Stato sez. III, 2 maggio 2016, n.1660.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Funzione consultiva del Consiglio di Stato e attualità del sistema di giustizia amministrativa. Brevi notazioni

di Giuliano Taglianetti

(Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Premessa. 2. L'inevitabile contiguità del giudice amministrativo all'interesse pubblico quale fondamento della funzione consultiva del Consiglio di Stato. 3. Contenuto e limiti della funzione consultiva: il delicato rapporto tra politica e tecnica. La funzione consultiva quale strumento di implementazione e rafforzamento delle scelte politiche. 4. La compenetrazione organica tra attività consultiva e attività giurisdizionale. 5. Conclusioni.

Abstract

This paper aims to analyze the basis and *ratio* of the consultative function of the Council of State.

According to the author's opinion, the contiguity of the administrative judge to the public interest is the reason why the constitution has assigned consultative and jurisdictional functions to the Council of State.

Consultative function and judicial function represent two complementary and synergistic activities carried out at the service of the legal system.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

I profili critici più frequentemente additati da coloro che mettono in dubbio, nella prospettiva di possibili riforme costituzionali, l'esistenza del sistema di giustizia amministrativa sono riconducibili alla contemporanea presenza in capo al Consiglio di Stato di funzioni consultive e giurisdizionali, alle nomine governative dei Consiglieri di Stato, al collocamento fuori ruolo dei magistrati amministrativi e all'utilizzo degli stessi da parte dell'esecutivo tramite l'attribuzione di incarichi extragiudiziari.
Il terreno comune di tutti questi problemi è stato rinvenuto nella presunta carenza di indipendenza e imparzialità dei giudici amministrativi.
La soluzione prospettata è stata, quindi, quella di far confluire la giurisdizione amministrativa all'interno di quella ordinaria, affidandola eventualmente ad apposite sezioni specializzate[1].

[1] Sul ruolo della giustizia amministrativa e sull'opportunità o meno della vigenza di un modello di tutela dualistico (incentrato cioè sulla presenza del giudice ordinario e del giudice amministrativo) è stata ingaggiata un'accesa disputa d'ingegni: cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pubblicato a più riprese in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 552 ss. ed ivi 1964, p. 12 ss. e p. 217 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 589 ss.; ID., *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 523 ss.; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 715 ss.; C. MORTATI, *Le giurisdizioni speciali di fronte alla costituzione. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, ora in *Raccolta di scritti di Costantino Mortati*, III, Milano, 1972, p. 1172 ss.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubb.*, 1998, p. 371 ss.; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 21 ss.; ID., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, *ivi*, 2009, V, p. 370 ss.; ID., *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 186 ss.; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. amm.* 2001, p. 911 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 561 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; G. BARBAGALLO, *La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2006; F. BILE, *Intorno all'unità della giurisdizione*, in *Foro it.*, 2011, V, p. 93 ss.; B. SORDI, *Unità della giurisdizione: uno sguardo retrospettivo*, in E. FABIANI, A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Sull'unità della giurisdi-zione. In ricordo di Franco Cipriani*, Napoli, 2011, p. 25 ss.; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 47 ss.; R. VILLATA, *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 324 ss.; ID., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 285 ss.; *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "Cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 106 ss.; G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 827 ss.; S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 798 ss.; A. PAJNO, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 419 ss.; S. CASSESE, *Monismo e dualismo giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 583 ss.; P. TANDA, *Il sistema dualistico di contenzioso amministrativo: dalla L.A.C. ai recenti orientamenti favorevoli al ritorno del modello monistico a giurisdizione unica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, p. 85 ss.; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 889 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Il Processo*, 2019, p. 587 ss.; G. GRECO, *Monismo e dualismo nel sistema di giustizia amministrativa: l'influenza del diritto*

ISSN 2036-7821

Orbene, se per un verso appare effettivamente arduo giustificare e decifrare la disciplina che attribuisce al Governo il potere di nomina di un quarto dei consiglieri e del Presidente del Consiglio di Stato[2], è invece da considerarsi positivamente lo svolgimento di attività di ausilio in favore delle autorità governative da parte degli organi della giustizia amministrativa nell'ambito della propria attività istituzionale.
La funzione consultiva dell'organo di vertice della giustizia amministrativa e quella giurisdizionale rappresentano invero due attività complementari e sinergiche svolte al servizio dell'ordinamento, nell'ambito di un sistema armonico e organico: il Consiglio di Stato partecipa all'elaborazione dei testi normativi che sarà poi chiamato a interpretare e ad applicare, con l'obiettivo unitario di garantire la legittimità dell'agire pubblico e la tendenziale stabilità del quadro regolatorio[3].
Pertanto, senza volere ora anticipare le conclusioni che risulteranno meglio argomentate al termine della presente analisi, si tenterà di dimostrare che la inevitabile contiguità del giudice amministrativo all'interesse pubblico rappresenta il fondamento della funzione consultiva del Consiglio di Stato e, probabilmente, il nucleo essenziale della ragion d'essere della giustizia amministrativa.
Occorre, a questo punto, provare ad avvalorare la validità di tale asserzione.

---

dell'Unione europea, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, p. 135 ss.; F. SAITTA, *È ancora attuale un sistema a doppia giurisdizione?*, in *www.lexitalia.it*, n. 11/2019; F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani,* in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1097 ss. Per un approfondimento della questione anche in prospettiva europea e comparata cfr. G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1996; D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, Trento, 2000; M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in www.astridonline.it, n. 35/2006; AA.VV., *I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna. Ordinamenti dualisti e monisti a confronto,*Venezia, 2007; D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei,* Firenze, 2010; G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto amministrativo italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, 2017.

[2] Sulle ragioni sottese alla necessità di «troncare» i rapporti del Consiglio di Stato con il Governo, abrogando le disposizioni che attribuiscono a quest'ultimo il potere di nomina di un quarto dei consiglieri di Stato, si rinvia a E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, in N. LONGOMBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, 2016, p. 63 ss.

[3] Su tale aspetto, cfr. G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2013, p. 300, secondo cui le funzioni consultive del Consiglio di Stato «perseguono, in via preventiva, il medesimo scopo di garanzia della legittimità dell'agire pubblico che il giudice persegue *ex post*, su istanza del cittadino che si dichiara leso da provvedimenti o da comportamenti illegittimi». Per un'accezione ampia di giustizia amministrativa cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 21, secondo il quale essa indica «il complesso di mezzi che un ordinamento giuridico appresta per assicurare la conformità dell'azione amministrativa alle leggi e, in certi casi, ai principi dell'opportunità e della ragionevolezza». Per la medesima impostazione cfr. V. CERULLI IRELLI, *Federalismo e giustizia amministrativa*, in *www.astridonline.it*, 2010, p. 2: «"giustizia amministrativa" è nozione più ampia di "giurisdizione amministrativa"; e tuttavia la comprende, essendo comprese in essa le altre funzioni proprie del Consiglio di Stato nella sua tradizione storica e nel suo attuale assetto, e cioè non solo quelle intese ad assicurare la tutela (giurisdizionale e giustiziale) delle situazioni soggettive protette nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, ma anche quelle intese ad assicurare la legalità (imparzialità) e in certa misura anche il buon andamento (art. 97)».

ISSN 2036-7821

2. L'inevitabile contiguità del giudice amministrativo all'interesse pubblico quale fondamento della funzione consultiva del Consiglio di Stato.

Una delle principali problematiche che involgono la giustizia amministrativa è rappresentata dal complicato rapporto fra l'aspirazione alla effettività della tutela giurisdizionale e l'esigenza di salvaguardare l'interesse generale sotteso all'esercizio del potere amministrativo[4].

La ricerca di un equilibrio tra questi valori contrapposti e parimenti rilevanti per l'ordinamento giuridico rappresenta una specificità del processo amministrativo, nel quale entrano fisiologicamente in gioco non solo interessi privati, ma anche interessi della collettività[5].

Al riguardo, come è stato osservato da un'autorevole dottrina togata, «nel processo amministrativo vi è un "convitato di pietra" e cioè l'interesse pubblico, che non può essere messo da parte e che condiziona non soltanto la sostanza del giudizio, e quindi la possibilità del perseguimento del bene della vita, ma anche la struttura stessa del processo». «Ed è a questo convitato di pietra» - prosegue la citata dottrina - «che vanno fatti risalire gli aspetti di specialità del giudizio amministrativo rispetto a quello civile e che danno senso alla esistenza stessa di una giustizia amministrativa speciale»[6].

La necessità di bilanciare interessi in costante tensione e potenzialmente configgenti, quali l'interesse a garantire al ricorrente una giustizia piena ed effettiva e l'interesse generale al buon andamento dell'azione amministrativa, costituisce probabilmente la *ratio essendi* di un regime processuale differenziato e di un giudice speciale (oltre che specializzato nella tutela) degli interessi legittimi[7].

---

[4] Sulla polivalenza delle funzioni proprie della giurisdizione amministrativa e sulla difficoltà di coniugare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive con la salvaguardia dell'interesse pubblico sia consentito rinviare a G. TAGLIANETTI, *Il processo amministrativo tra giustizia e certezza. Le regole dell'equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e la stabilità delle decisioni pubbliche*, Milano, 2023.

[5] Cfr., in proposito, P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Bari, 2000, p. 3, secondo il quale la giustizia amministrativa mira alla «mediazione fra la salvaguardia degli interessi, particolari, dei privati e la tutela delle esigenze, generali, degli apparati burocratici».

[6] G. CORAGGIO, *Introduzione alla prima sessione*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo (Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010)*, Napoli, 2011, p. 14.

[7] Il giudice amministrativo si caratterizza non soltanto per la propria specifica competenza, preparazione, tecnica e «sensibilità» (sul punto cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, spec. p. 118: «il giudice del potere per assolvere la sua funzione specifica deve essere un giudice specializzato»), ma anche per il proprio stato giuridico, che - com'è noto - è diverso da quello dei magistrati ordinari. Basti ricordare in proposito che, mentre i giudici ordinari sono incardinati nel Ministero della Giustizia, i giudici amministrativi dipendono dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa - simile e con funzioni analoghe al Consiglio Superiore della Magistratura ordinaria - composto da magistrati di TAR e Consiglio di Stato, oltre che da quattro membri nominati dalle Camere tra professori universitari ed avvocati, deputato ad assumere tutti i provvedimenti concernenti lo status dei magistrati, tra i quali assunzioni, promozioni, trasferimenti, assegnazione di funzioni, provvedimenti disciplinari, conferimento di incarichi extragiudiziari. Sulla distinzione tra giudice speciale e giudice specializzato cfr., ampiamente, A. PROTO PISANI, *La giustizia amministrativa tra storia ed evoluzione anche recente. Dal giudice speciale*

ISSN 2036-7821

La giustizia amministrativa nasce, invero, dall'esigenza di «tutelare pienamente il cittadino che agisce contro l'amministrazione e le situazioni giuridiche che "dialogano" con gli interessi pubblici»[8].
La necessità di individuare un equilibrio tra le ragioni dell'interesse del privato e dell'interesse pubblico, conferisce un senso alla esistenza stessa di una giustizia amministrativa speciale, differenziandola da quella civile.
Se si giungesse a negare questo elemento di specialità si dovrebbe arrivare coerentemente a sostenere l'unificazione della tutela giurisdizionale[9].
Nel processo amministrativo - a differenza di quello civile, che presuppone «l'uguaglianza del valore sociale degli interessi confliggenti in causa»[10] - le parti sono portatrici di interessi, quello pubblico e quello privato, non omogenei, ancorché tendenzialmente equiordinati sul piano processuale[11]; in tale sede l'amministrazione interviene come parte per la tutela dell'interesse pubblico, che ha una natura, un valore, una consistenza e un "peso" differenti rispetto agli interessi contingenti dei privati, raccordandosi con il bene della vita che i privati stessi intendono conservare o conseguire per il tramite dell'azione amministrativa: la specialità del giudice amministrativo deriva, in sostanza, dalla specialità degli interessi coinvolti dalle controversie di cui conosce.

---

alle sezioni specializzate?, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, p. 141 ss.

[8] S. LICCIARDELLO, *Regime delle competenze e "specialità" del processo amministrativo* (scritto in collab. con S. ASTUTO), in *Dir. e proc. amm.*, 2012, pp. 445-446, il quale opportunamente precisa che «la "specialità" della disciplina contenuta nel codice del processo non serve a garantire privilegi dell'amministrazione (ormai costituzionalmente improponibili) quanto piuttosto l'adeguatezza della tutela, la qualità della giustizia resa ai cittadini».

[9] Come osserva in proposito G. NAPOLITANO, *Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo (anche alla luce della pandemia)*, in *www.questionegiustizia.it*, § 1, n. 1/2021, «l'inevitabile concatenazione tra interessi pubblici e privati contribuisce a spiegare larga parte dell'assetto istituzionale e del concreto funzionamento dei meccanismi di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione».

[10] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, p. 324.

[11] «In questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei …», per usare le parole di Silvio Spaventa (S. SPAVENTA, *Del Consiglio di Stato*, in ID., *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006, p. 150). Invero, al di là della costruzione che si voglia accogliere della figura dell'interesse legittimo, «non sembra eludibile l'osservazione secondo la quale la struttura del processo amministrativo e la struttura del processo civile sono diverse, avendo il processo amministrativo la capacità di riflettere in sé la più ampia pluralità di soggetti e di interessi propria dell'arena dove si svolge l'azione amministrativa rispetto a quella più ristretta delimitata dal concreto rapporto amministrativo al quale pertiene l'atto impugnato. Al fondo, dunque, è proprio il processo amministrativo a portare in sé, per come è stato costruito all'origine, il primo elemento di specialità, avendo per oggetto immediato un atto che, per la sua inerenza a interessi pubblici, ha un profilo che si può definire *lato sensu* politico; e anche oggi che il processo amministrativo verte piuttosto sull'esercizio del potere a fronte di una situazione soggettiva protetta in funzione della effettiva tutela di questa e nonostante le trasformazioni in esso intervenute permane "la rilevanza politica della lite" di carneluttiana memoria»: con queste parole A. MASSERA, *"Giustizia nell'amministrazione" e "ingiustizie amministrative" tra passato e presente,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 41, sottolinea efficacemente alcuni significativi elementi di specialità del processo amministrativo rispetto al processo civile.

ISSN 2036-7821

Come emerge anche dall'analisi di altri ordinamenti, «*the state, as the representative of the public interest, is thought to have interests "superior" to that of any private party involved in the dispute*»[12].

Ancora oggi appare valida e attuale la concezione del processo amministrativo come processo «composito» e «polistrutturato», in cui non si controverte del «mio» e del «tuo», ma si discute del «mio» (il ricorrente), del «tuo» (il controinteressato) e del «nostro» (amministrazione resistente)[13].

La particolarità del processo amministrativo e la rilevanza *lato sensu* politica delle liti involgenti funzioni amministrative preordinate alla tutela della comunità[14] richiedono un organo giudicante meno "distante" dall'amministrazione[15], più

[12] R.J. PIERCE, S.A. SHAPIRO, P.R. VERKUIL, *Administrative Law and Process*, New York, 2004, p. 3.

[13] G. ABBAMONTE, *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 355. È opportuno precisare che l'impostazione teorica testé accennata non induce l'illustre Autore a sostenere la natura oggettiva del giudizio amministrativo. Il Maestro, invece, si limita a prospettare una visione composita del processo amministrativo, per la compresenza di istituti provenienti dal processo civile e dal processo penale.

[14] La «rilevanza politica» della lite è evocata da F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 253, cui farà eco Mario Nigro, introducendo il suo classico studio degli anni '80: «qualunque giustizia amministrativa, non solo quella italiana, è storia e problema, anzi è storia in quanto problema ed è problema in quanto storia (...) essa non è una costruzione razionale ma un prodotto storico e la disputabilità dei suoi temi e delle loro soluzioni nasce (...) dalla difficoltà di conciliare … la rilevanza politica della giustizia e la sua aspirazione a liberarsi da ogni tipo di dipendenza e di strumentalità» (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pp. 14-15).

[15] La contiguità del giudice amministrativo al potere esecutivo è determinata innanzitutto, e soprattutto, dalla compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato. Ulteriori rilevanti fattori di contiguità del giudice amministrativo al potere esecutivo sono rappresentati dalla nomina governativa di un quarto dei membri del Consiglio di Stato, dalla nomina del Presidente del Consiglio di Stato «con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di presidenza» (*ex* art. 22, comma 1, legge 27 aprile 1982, n. 186), dalla possibilità per il Governo di affidare incarichi esterni ai magistrati amministrativi. Quanto alla compatibilità di tale sistema con il diritto sovranazionale, giova ricordare che la Corte di Strasburgo, pronunciandosi con riguardo a organi di giustizia amministrativa strutturati in maniera analoga al nostro Consiglio di Stato, ha ritenuto sufficiente ad assicurare l'imparzialità del giudice l'esistenza di meccanismi idonei a garantire la diversità delle persone fisiche cui è affidata la decisione sul medesimo atto nei due diversi processi: per un'analisi ragionata della giurisprudenza sul punto, cfr. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, spec. p. 261 ss.; V. PARISIO, *Il Consiglio di Stato in Italia tra consulenza e giurisdizione alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in ID. (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali*, Milano, 2009, p. 237 ss. Sulle principali questioni problematiche in tema di indipendenza e imparzialità del giudice amministrativo, cfr., *ex multis*, P.G. LIGNANI, *Funzione consultiva e indipendenza* e F. PATRONI GRIFFI, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, entrambi in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, rispettivamente p. 99 ss. e p. 105 ss.; G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici*, in *Foro it.*, 2001, III, p. 269 ss.; P. BONETTI, *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo: un'introduzione e una conclusione*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012, p. 581 ss.; M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2014, p. 1 ss.; R. CHIEPPA, M. BRANCA, *La nomina del Presidente del Consiglio di Stato: tra prassi e innovazione*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 447 ss.; E. FOLLIERI, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 1234 ss.; G. CONTE, *Le politiche di autogoverno della giustizia*

ISSN 2036-7821

"sensibile" all'interesse pubblico di cui quest'ultima è portatrice, ma non per questo compiacente al potere[16].

In effetti, non di rado il giudice amministrativo nell'esercizio della funzione giurisdizionale è investito della cura in concreto dell'interesse della collettività, essendo chiamato a compiere complesse e delicate valutazioni di opportunità per il migliore perseguimento dello stesso: basti qui richiamare la normativa che attribuisce al giudice amministrativo il potere di comparare, in sede cautelare, interessi pubblici (dell'amministrazione e della collettività generale) e privati; ovvero quella che assegna allo stesso giudice, nell'ambito della giurisdizione di merito, il compito di effettuare apprezzamenti sull'opportunità e la convenienza dell'atto amministrativo in relazione all'interesse pubblico.

Orbene, a parere di chi scrive, questa inevitabile contiguità[17] del giudice amministrativo all'interesse pubblico rappresenta la radice più profonda della scelta del Costituente di assegnare al Consiglio di Stato una doppia funzione, quella di consulenza giuridico-amministrativa in favore dei principali organi legislativi ed esecutivi della Repubblica e quella di tutela della giustizia nell'amministrazione (art. 100, comma 1)[18].

---

amministrativa. Riflessioni di un componente "laico", in *Dir. proc. amm.*, *2016*, p. 886 ss.; A. PROTO PISANI, *Sono davvero da approvare senza riserva le recenti trasformazioni della giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 250 ss.; G. TROPEA, *Tra unità e specialità. Vincitori e vinti di un'eredità tuttora contesa*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, p. 247 ss.

[16] D'altronde - come osserva C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 87 - «è proprio la speciale idoneità del giudice amministrativo a valutare in modo imparziale e sereno la legittimità dell'azione amministrativa che lo ha fatto istituire». «L'affidamento al plesso TAR - Consiglio di Stato della giurisdizione» - prosegue l'Autore - «è la conseguenza del fatto che il costituente prima e il legislatore poi, nell'esperienza repubblicana, hanno ritenuto questi giudici in grado di effettuare un sindacato pieno e completo sull'attività dell'amministrazione, senza quelle limitazioni e ritrosie che il giudice ordinario ha manifestato in passato e che per il vero continua a manifestare anche ora (eccezion fatta per talune limitate ipotesi)».

[17] In proposito, M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 114, osserva lucidamente come la contiguità del giudice amministrativo all'amministrazione e all'interesse pubblico abbia antiche origini, legate alla genesi della giustizia amministrativa: «quando venne istituita nel 1889, la IV Sezione del Consiglio di Stato non era concepita come organo avente natura giurisdizionale, specie in considerazione del fatto che il Consiglio di Stato era stato giudice ordinario del contenzioso amministrativo e che dopo la soppressione di quest'ultimo era rimasto organo consultivo». Su tale profilo cfr., altresì, C. VARRONE, *Il ruolo del giudice nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2012, p. 5, il quale richiama la «inevitabile contiguità e la conseguente possibilità di sovrapporsi al potere» come «uno dei temi di maggiore attualità e di possibile frizione, il cui corretto componimento, tuttavia, è in prevalenza affidato alla sensibilità istituzionale dei singoli Collegi giudicanti».

[18] Il combinarsi delle due funzioni, consultiva e giurisdizionale, trova consacrazione nel dettato costituzionale, che annovera il Consiglio di Stato tra gli organi ausiliari del Governo attribuendogli una doppia attività, quella di consulenza giuridico amministrativa e quella di tutela della giustizia nell'amministrazione (art. 100, comma 1). La scelta di costituzionalizzare il sistema dualistico si perfezionò al termine di un lungo dibattito sviluppatosi all'interno dell'Assemblea costituente che vide contrapporsi due diversi indirizzi: uno favorevole all'unicità della giurisdizione (espresso soprattutto da Calamandrei), e l'altro favorevole al mantenimento dell'assetto fondato su due ordini di giudici (sostenuto in prevalenza da Mortati e Leone). Per un'attenta analisi delle ragioni di ordine storico che hanno giustificato l'esistenza di una giurisdizione speciale, nonché per una ricostruzione dei caratteri,

ISSN 2036-7821

Si ritenne evidentemente che il miglior modo di garantire la legittimità dell'agire pubblico e la stabilità del quadro regolatorio fosse quello di coinvolgere nell'elaborazione dei testi normativi lo stesso organo chiamato a interpretarli e ad applicarli; al contempo, si ritenne che un giudice abituato alla cura dell'interesse pubblico potesse offrire una risposta efficace e particolarmente adeguata alla natura degli interessi coinvolti nel processo amministrativo.

3. Contenuto e limiti della funzione consultiva: il delicato rapporto tra politica e tecnica. La funzione consultiva quale strumento di implementazione e rafforzamento delle scelte politiche.
Individuati il fondamento e la *ratio* dell'attività di consulenza attribuita all'organo di vertice della giustizia amministrativa, sembra opportuno ora soffermarsi sul contenuto e sui limiti di tale attività.
A questo proposito, la legge prevede che il Consiglio di Stato esprima in via obbligatoria parere «per l'emanazione degli atti normativi del Governo e dei singoli ministri … nonché per l'emanazione di testi unici; per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica; sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri» (art. 17, comma 25, l. 15 maggio 1997, n. 127).
È altresì ammessa la possibilità di richiedere al supremo organo della giustizia amministrativa pareri sui disegni di legge e, più in generale, sugli schemi di atti normativi di rango primario e secondario dei principali organi dello Stato, quest'ultimo da intendersi come «Stato-ordinamento»: il parere del Consiglio di Stato, infatti, può essere richiesto non solo dal Governo (del quale il Consiglio di Stato è, per espressa volontà costituzionale, organo di consulenza giuridico

del ruolo e dell'evoluzione delle funzioni del Consiglio di Stato cfr. E. FORZANO, *Il Consiglio di Stato nei governi parlamentari*, Messina, 1884; A. DE ROSA, *Il Consiglio di Stato nel governo parlamentare,* Napoli, 1887; S. BONO, *Il Consiglio di Stato nella legislazione italiana*, Strabella, 1889; G. DE NAVA, *Consiglio di Stato*, in *Dig. it*., Torino, 1896, VIII, 232 ss.; S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, I, p. 1 ss.; E. GUICCIARDI, *Consiglio di Stato*, in *Nuovo Dig. it*., Torino, 1938, III, p. 890 ss.; dopo l'avvento della Costituzione repubblicana: G. LANDI, *Il Consiglio di Stato*, Milano, 1954; Id., *Rapporti tra funzioni consultive e funzioni giurisdizionali nel Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1960, p. 826 ss.; G. PALEOLOGO, *Il Consiglio di Stato italiano: struttura e funzioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1966, p. 303 ss.; G. ROEHRSSEN, *Il Consiglio di Stato e i suoi compiti*, in *Cons. Stato*, 1971, II, p. 449 ss.; G. PESCATORE, *Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali*, in *Foro amm*., 1982, p. 304 ss.; G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), Milano, 1997, p. 21 ss.; C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. e proc. amm*., 2013, p. 533 ss. Per un'ampia e approfondita trattazione della tematica cfr. altresì gli scritti contenuti in C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011.

ISSN 2036-7821

amministrativa, *ex* art. 100 Cost.), ma anche dal Parlamento[19], dalle Autorità indipendenti[20] e dalle Regioni[21].

Dunque, accanto a un'attività consultiva obbligatoria, disciplinata dalla legge n. 127/1997 e riguardante sostanzialmente l'attività normativa del Governo, sussiste un'attività consultiva facoltativa del Supremo consesso, che ha carattere generale e riguarda le questioni che gli organi di vertice dello Stato intendono sottoporgli per acquisirne l'avviso[22].

Con riferimento a quest'ultima tipologia di attività il Consiglio di Stato, nell'Adunanza della Commissione speciale del 20 settembre 2017, ha chiarito che i pareri facoltativi possono essere richiesti dalle amministrazioni «per risolvere un dubbio relativo all'interpretazione o all'applicazione del diritto, anche in vista dell'adozione di un determinato atto (ovviamente solo per questioni o atti di particolare rilievo)».

Tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato ha precisato di non essere tenuto «a supportare le scelte decisionali delle Amministrazioni quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio stesso, dal momento che la

[19] Il parere può essere richiesto anche direttamente da una Camera su questioni di tipo giuridico-amministrativo: è il caso del parere richiesto dal Senato della Repubblica sui vitalizi spettanti ai senatori, cui il Consiglio di Stato ha corrisposto con il parere Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 1403.

[20] Come si evince da A. DE ROBERTO, *Relazione sulla Giustizia Amministrativa* Roma, Palazzo Spada, 21 marzo 2003, in *www.lexitalia*, 2003, «le Autorità indipendenti domandano spesso al Consiglio di Stato, come organo consultivo, di far conoscere la propria opinione (v. pareri Sez. I, 15 maggio 2002, n. 1309; id., 29 maggio 2002, n.598; Sez. II, 10 luglio 2002, n.2418)».

[21] In merito alla possibilità delle Regioni di avvalersi del parere del Consiglio di Stato, cfr. il parere n. 4478 del 6 dicembre 2011, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «è pacifico che le Regioni possano rivolgersi al Consiglio di Stato in via diretta … sin dagli anni ottanta, si è ritenuta esistente tale facoltà nel sistema costituzionale che qualifica il Consiglio di Stato come organo di consulenza giuridico-amministrativa, attinente allo Stato ordinamento e non solo allo Stato apparato (Consiglio di Stato, Sez. II, n. 1855 del 2003). Si è ritenuto quindi che il trasferimento di funzioni statali alle Regioni comporta il venir meno della consultazione obbligatoria del Consiglio di Stato, prevista da specifiche fonti normative; e ciò per evidenti ragioni di rispetto dell'autonomia regionale. Peraltro, ciò non significa che alle Regioni sia preclusa la facoltà di avvalersi degli organi consultivi dello Stato, quale il Consiglio di Stato, cui spetta istituzionalmente la funzione consultiva». In termini, cfr. Ad. gen., 24 aprile 1980, n. 30, in *Cons. Stato* 1981, I, p. 947.

[22] Nell'ambito dell'organizzazione del Consiglio di Stato, si prevedono sezioni che esercitano attività giurisdizionale e sezioni con funzioni consultive: tradizionalmente la prima, la seconda e la terza, nonché quella che in effetti è la «settima», ma è denominata «Sezione consultiva per gli atti normativi» (istituita dall'art. 17, l. 127/1997), svolgono funzione consultiva. Mentre le prime tre sezioni emanano pareri su richiesta sia delle Amministrazioni centrali, sia dietro ricorso straordinario al Capo dello Stato, la «settima» è appositamente costituita per esprimere parere sugli atti normativi del Governo. Delle questioni di particolare importanza di carattere consultivo è investita l'Adunanza generale (composta da tutti i magistrati del Consiglio di Stato). Il tradizionale riparto di competenze tra le funzioni consultive e le funzioni giurisdizionali è stato, però, sottoposto a profonda revisione dalla legge n. 133 del 2008, che ha soppresso la distinzione originariamente presente tra sezioni consultive e giurisdizionali, attribuendo al Presidente del Consiglio di Stato la possibilità, all'inizio di ogni anno, sentito il Consiglio di Presidenza, di individuare le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali, determinando per ciascuna la competenza e la funzione.

ISSN 2036-7821

funzione consultiva svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale, ma dell'Amministrazione assistita, compete all'Avvocatura dello Stato».
Dunque, «il Consiglio di Stato fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo concreto, futuro esplicarsi»[23].
Nell'ambito della tematica relativa al contenuto e ai limiti della funzione consultiva del Consiglio di Stato, occupa un posto di rilievo il rapporto tra politica e tecnica.
Al riguardo, va rilevato che la funzione consultiva del Consiglio di Stato sugli atti normativi si sostanzia in un'attività essenzialmente tecnica mirando a garantire la conformità degli stessi atti alle fonti del diritto a essi sovraordinati, nonché la loro qualità sotto il profilo della chiarezza, dell'efficacia, della coerenza logica e giuridica[24].
In altre parole, la funzione consultiva al Consiglio di Stato è preordinata ad eliminare le incongruenze tecniche dell'attività normativa e ad assicurare l'armonica evoluzione dell'ordinamento positivo, tenendo conto, a tal fine, di una ricca gamma di parametri, che vanno dalla comprensibilità, chiarezza e coerenza delle norme alla loro idoneità a raggiungere l'obiettivo voluto, dalla conformità ai principi generali dell'ordinamento italiano ed europeo alla corrispondenza con gli orientamenti consolidati della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, dalla facilità di interazione fra le nuove norme e la disciplina preesistente alla segnalazione di possibili problemi applicativi e delle soluzioni possibili[25].
In questa prospettiva, la funzione consultiva del Consiglio di Stato non deve essere concepita come uno strumento di delimitazione del potere politico, come uno spazio sottratto alla politica, bensì come uno strumento di rafforzamento e di implementazione delle stesse scelte politiche.
Come osservato in dottrina, la funzione consultiva disegnata dall'ordinamento si caratterizza per il suo carattere oggettivo, non volto a risolvere controversie o ad

[23] Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale 20 settembre 2017, n. 2065, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso analogo, cfr. Consiglio di Stato, Sez. I, 13 novembre 2020, n. 1807, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui l'istanza di parere «non può essere attivata da una mera pretesa o esigenza dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, deve esporre, nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo, il quale, altrimenti, andrebbe a sovrapporsi all'esclusiva autonomia e responsabilità dirigenziale».

[24] In argomento, cfr. A. PEZZANA, *Attività consultiva del Consiglio di Stato e funzione legislativa*, in AA.VV., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di Guido Landi*, Milano, 1985, pp. 109 ss.

[25] A questo proposito è stato condivisibilmente rilevato che la qualità della normazione costituisce uno snodo fondamentale per ridurre il contenzioso: cfr. G. CARLOTTI, *La "nuova" attività consultiva del Consiglio di Stato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2018, p. 31.

ISSN 2036-7821

assumere decisioni politiche, ma piuttosto ad individuare gli elementi necessari per garantire la qualità delle regole e la loro ordinata attuazione ed applicazione[26].
Parliamo, dunque, di una funzione essenzialmente tecnica che, in ossequio al principio di responsabilità politica[27], non incide direttamente sulla libertà di determinazione delle finalità da conseguire e, quindi, sull'essenza stessa della funzione politica.
Del resto, in ambito amministrativistico, con «attività consultiva» si intende generalmente l'attività volta «non già a decidere per la cura di un interesse pubblico, ma a fornire valutazioni e giudizi su varie questioni in vista delle scelte finali adottate da altri»[28].

4. La compenetrazione organica tra attività consultiva e attività giurisdizionale.
La compresenza di funzioni consultive e funzioni giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato comporta un duplice vantaggio, in un sistema virtuoso di valorizzazione reciproca.
Invero, l'attività di consulenza giuridico-amministrativa del Supremo organo della giustizia amministrativa implica evidenti vantaggi innanzitutto per l'autorità pubblica, la quale si giova nel proprio operare della competenza e dell'esperienza del giudice amministrativo, che potrà consentirle di evitare quegli errori che lo stesso giudice potrebbe rilevare in sede di contenzioso, ad esempio, annullando un regolamento illegittimo, oppure sollevando una questione di legittimità costituzionale di una legge sospettata di incostituzionalità[29].
D'altronde, il Consiglio di Stato anche nello svolgimento dell'attività giurisdizionale ha ispirato (soprattutto in passato, prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo) e ispira molte scelte del legislatore ponendo rimedio a vere e proprie lacune normative[30].

---

[26] L. TORCHIA, *Funzione consultiva e funzione normativa: il Consiglio di Stato e le riforme*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 285.

[27] Cfr., sul punto, V. FROSINI, *La responsabilità politica*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1981, p. 7 ss.; P. CARETTI, *Responsabilità politica*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 3 ss.; G. PITRUZZELLA, *Responsabilità politica*, in *Dig. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 289 ss.

[28] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, p. 464. In generale, la dottrina amministrativistica è concorde nel considerare l'attività consultiva come strumentale rispetto a quella decisoria: cfr. P. CORSO, *La funzione consultiva*, Padova, 1942; F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, 1944-1945; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974; G. GHETTI, *La consulenza amministrativa*, Padova, 1974; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna 2002.

[29] La particolare autorevolezza della funzione consultiva del Consiglio di Stato risulta confermata anche in sede di giurisdizione costituzionale. In numerosi casi, infatti, il governo ha modificato gli schemi degli atti normativi secondo le indicazioni fornite, in particolare, dalla sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, consentendo in tal modo alla Corte costituzionale, in più di un'occasione, di respingere le censure di costituzionalità sollevate nei confronti degli stessi.

[30] Come ha osservato C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, cit., p. 547, il Consiglio di Stato e i Tribunali amministrativi regionali hanno colto, interpretato e talvolta addirittura anticipato i

ISSN 2036-7821

Da questo punto di vista, la funzione consultiva, espressa da un organo imparziale e di elevata competenza tecnica, assicura un rilevante contributo anche nella prevenzione del contenzioso, rivelandosi per tale via complementare e connessa alla funzione giurisdizionale.

L'attività consultiva del Consiglio di Stato non giova, però, soltanto ai pubblici poteri che se ne avvalgono, ma anche agli stessi giudici che svolgono tale attività.

Questi ultimi, invero, arricchiscono la propria esperienza, affinano la propria sensibilità e sviluppano l'attitudine a compiere valutazioni in merito all'interesse pubblico, partecipando all'elaborazione dei testi normativi che saranno poi chiamati a interpretare e ad applicare come giudici.

A questo proposito, è innegabile che un giudice che abbia contribuito attivamente alla guida e all'orientamento di autorità governative direttamente preposte al compimento di valutazioni comparative di meritevolezza e priorità tra gli interessi in gioco possa più adeguatamente sostituirsi a esse in quelle ipotesi di giurisdizione di merito che richiedono valutazioni circa l'opportunità, la convenienza, la proporzionalità o la ragionevolezza dell'azione amministrativa[31].

È altrettanto innegabile che un giudice «adeguatamente attrezzato» per la cura dell'interesse pubblico[32]possa stabilire in maniera più avveduta quale interesse, pubblico o privato, debba prevalere in determinate circostanze.

A questo proposito, si pensi, ad esempio, alla fase cautelare, in cui il giudice è (implicitamente[33]) chiamato a compiere una vera e propria valutazione comparativa tra gli interessi particolari delle parti (ricorrente e controinteressato) e gli interessi

---

più rilevanti cambiamenti della realtà sociale, economica e amministrativa, ispirando molte scelte del legislatore. Quest'ultimo Autore prosegue osservando come il giudice amministrativo abbia avuto «un ruolo fondamentale nella formazione del sistema amministrativo, perché tutta la disciplina degli elementi della pubblica amministrazione si ispira ai principi sanciti nella giurisprudenza amministrativa … ».

[31] Con riguardo a quest'ultimo aspetto, in dottrina è stata prospettata la tesi secondo la quale attraverso la giurisdizione di merito il legislatore avrebbe inteso investire il giudice anche della cura dell'interesse pubblico: A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, II, p. 1437 ss., spec. pp. 1449-1450. In argomento, cfr. altresì M.M. FRACANZANI, *Per un giudice amministrativo veramente speciale*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 1/2021, § 2, il quale rileva opportunamente come il giudizio di ottemperanza, vale a dire la più importante fattispecie di giurisdizione di merito, non possa essere considerato come semplice esecuzione forzata.

[32] F. SAITTA, *op. cit*., § 3.

[33] La giustificazione sistematica della valutazione cautelare dell'interesse pubblico è rinvenibile nell'idea dell'interesse legittimo come posizione dialetticamente correlata all'esercizio di una funzione pubblica. Anche dalle norme in materia di cauzione (artt. 55, 56, 61 c.p.a.) sembra potersi desumere quantomeno la generale rilevanza di una valutazione degli effetti e delle conseguenze della richiesta misura cautelare che vada oltre la sfera giuridica della sola parte richiedente. Su tale problematica, v. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *www.federalismi.it*, 5/2017, p. 17, secondo il quale «la decisione della domanda cautelare non rimane circoscritta alla prospettiva unilaterale del ricorrente e del pregiudizio da questi paventato, ma impone di considerare sempre, e in modo unitario, la complessa rete di interessi giuridici dedotti in causa». In tale contesto, conclude l'Autore, «le finalità pubbliche perseguite dalla amministrazione resistente costituiscono elemento essenziale di tale rapporto».

ISSN 2036-7821

pubblici rilevanti dell'amministrazione e della collettività, soppesando, di volta in volta, la "qualità" degli interessi implicati secondo il suo "prudente apprezzamento"[34].

Si pensi, altresì, al contenzioso in materia di contratti pubblici, in cui il giudice è chiamato a decidere se dichiarare o meno l'inefficacia del contratto *ex* art. 122. c.p.a. e a modulare la portata temporale di tale decisione, in base ai parametri della proporzionalità e adeguatezza[35].

Negli esempi sopra riportati la discrezionalità del giudice assume un ruolo decisivo dato che legislatore non differenzia il grado di rilevanza degli interessi in gioco.

In questa prospettiva, il processo amministrativo configura non più soltanto il mezzo per assicurare la protezione degli interessi legittimi, ma anche lo strumento per individuare e scegliere quale interesse (pubblico o privato) debba prevalere nel caso concreto[36].

Questo dimostra che la giustizia amministrativa è stata strutturalmente concepita per tutelare non soltanto le situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio, ma anche l'interesse generale della collettività.

Quindi, la cura dell'interesse generale, che è sicuramente alla base dell'attività consultiva, non è estranea alla funzione giurisdizionale del giudice amministrativo.

---

[34] Com'è noto, l'art. 55 c.p.a. non richiama esplicitamente il criterio dell'interesse pubblico. Il rapporto tra le tendenze della giurisprudenza cautelare e l'interesse pubblico, fino agli anni 2000, è ben rappresentato da A. ROMANO TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 26 ss., che classifica le diverse posizioni «a seconda dello spessore che si dia all'interesse pubblico (con)tutelato dal giudice della cautela». Secondo quest'ultimo Autore, «si possono infatti prospettare tre visioni principali di tale interesse: a) l'interesse generale della collettività alla legalità in quanto tale; b) l'interesse specifico curato dall'amministrazione nel caso concreto; c) l'interesse generale della collettività alla corretta definizione degli interessi, soggettivamente pubblici e privati, coinvolti nella decisione», con il risultato di avvalorare «il carattere prevalentemente oggettivo e non soggettivo della tutela amministrativa nel suo complesso e della cautela in particolare». L'esigenza di una valutazione attenta anche degli interessi pubblici è stata evidenziata anche di recente in dottrina: cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 294: «il giudice, ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare, deve effettuare una valutazione "comparata" di tutti gli interessi in gioco, secondo criteri non codificati puntualmente dalla legge, e quindi, in definitiva, sulla base del suo prudente apprezzamento».

[35] Questa norma enfatizza il potere dell'organo giudicante in quanto gli attribuisce il compito di effettuare una complessa valutazione involgente una molteplicità di interessi contrapposti e di varia natura, tra cui l'interesse pubblico dell'amministrazione. In virtù dell'art. 122 c.p.a. il giudice amministrativo è chiamato a operare «un vero e proprio apprezzamento del miglior bilanciamento fra gli interessi in gioco, come dimostrano fuor da ogni dubbio la potestà di determinare la decorrenza dell'inefficacia (anche retroattivamente) e la potestà di graduare le sanzioni alternative»: così, L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, § 2.

[36] D'altronde, come è stato riconosciuto anche da autorevole dottrina togata, se dall'attuale stato di degradazione delle fonti consegue che «l'assetto di interessi non è "dato" ma deve essere episodicamente forgiato dai pubblici poteri all'interno di una logica prettamente compositiva», «ben si comprende il costante ricorso alla tecnica giudiziale del bilanciamento»: così, A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2018*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 13.

ISSN 2036-7821

Nella prospettiva tratteggiata, la svolgimento dell'attività di consulenza da parte dei giudici amministrativi accresce l'esperienza degli stessi che conoscono dall'interno l'amministrazione e possono meglio sindacare gli atti ed esercitare gli speciali poteri ponderativi che il codice del processo amministrativo gli conferisce.
Ma soprattutto accresce la loro sensibilità nei confronti dell'interesse pubblico, di cui pure devono tenere conto nello svolgimento della funzione giurisdizionale.
Pertanto, l'esistenza di un giudice speciale con funzioni «di consulenza giuridico amministrativa e di tutela di giustizia nell'amministrazione» non sembra risolversi in un regime processuale privilegiato per l'amministrazione: tra l'attività giurisdizionale e l'attività di consulenza svolte dal Consiglio di Stato non vi è conflitto, bensì convergenza di interessi.
La funzione consultiva è infatti un'attività che viene svolta, come quella giurisdizionale, al servizio dell'ordinamento, nell'interesse generale della collettività e non dell'amministrazione.
In quest'ottica, la funzione consultiva e quella giurisdizionale configurano funzioni distinte, ma svolte nell'ambito di una trama organica[37].
Pertanto - a meno che non si intenda ripensare dalle fondamenta l'intero sistema processuale amministrativo, sopprimendo ogni valutazione discrezionale e di merito del giudice amministrativo - un giudice «abituato» al potere e alla cura dell'interesse pubblico rappresenta indubbiamente una risorsa preziosa.

5. Conclusioni.

La complementarietà e la contaminazione reciproca tra attività consultiva e attività giurisdizionale appaiono dunque idonee ad accrescere la qualità e la stabilità del quadro regolatorio e, al contempo, ad implementare la capacità del giudice amministrativo di compiere valutazioni ponderative attinenti all'interesse pubblico.
Un discorso a parte merita la questione concernente l'esercizio separato di funzioni di consulenza da parte dei singoli magistrati ovvero lo svolgimento a livello individuale di incarichi extragiudiziari al di fuori della propria istituzione di appartenenza (ad esempio, come capi di gabinetto o capi degli uffici legislativi dei ministeri)[38].

---

[37] In tal senso, C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, cit., p. 549.

[38] Per un approfondimento, corredato anche di dati statistici, in merito agli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi v. F. FURLAN, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi: problemi e prospettive*, in www.forumcostituzionale.it, 2012, secondo il quale il massiccio utilizzo di giudici amministrativi negli uffici governativi costituisce «un grave *vulnus* all'indipendenza e all'imparzialità della magistratura amministrativa». «Lungo è infatti», prosegue l'Autore, «il *cahier des doleances*: con questa pratica si crea una pericolosa e nociva contiguità tra il controllore ed il controllato; si distolgono i magistrati amministrativi dai loro incarichi funzionali, provocando un naturale rallentamento dei tempi delle cause; si crea una situazione in cui alcuni magistrati costruiscono una diversa carriera all'interno delle strutture ministeriali senza più esercitare concretamente le funzioni di istituto; si lede irreparabilmente l'apparenza di imparzialità verso i cittadini; il

ISSN 2036-7821

Lo svolgimento di tali incarichi - pur favorendo uno scambio di esperienze tra magistrato e autorità governativa - determina una contiguità potenzialmente patologica tra potere esecutivo e giudice amministrativo, che getta una spessa ombra sulla sua autonomia, indipendenza e imparzialità, soprattutto nell'esercizio dell'attività giurisdizionale[39].

Sarebbe pertanto auspicabile un drastico ridimensionamento della possibilità di affidare incarichi extragiudiziari ai magistrati amministrativi[40].

I rilevati vantaggi derivanti dalla scelta di assegnare al massimo consesso della giustizia amministrativa una doppia funzione, quella di «consulenza giuridico-amministrativa» e quella di «tutela della giustizia nell'amministrazione», possono essere invece utili per riconsiderare l'opportunità di estendere la funzione consultiva istituzionale, attualmente riservata al Consiglio di Stato, agli organi di giustizia amministrativa di primo grado[41].

Più in particolare, si potrebbe ipotizzare - anche per compensare il prospettato ridimensionamento degli incarichi extraistituzionali - di estendere tramite legge statale la funzione consultiva istituzionale ai tribunali amministrativi regionali sugli atti normativi e sugli atti di amministrazione generale a contenuto non normativo degli enti locali, attraverso la previsione di pareri rispettivamente obbligatori (in relazione ai primi) e facoltativi (in relazione ai secondi).

Tale soluzione sarebbe ancor più auspicabile se si considera che, in seguito alla soppressione del sistema dei controlli sugli atti amministrativi regionali e locali, la gran parte dell'attività amministrativa (e ciò che più rileva di quella normativa e di amministrazione generale) degli enti locali, nonché delle regioni, è rimasta priva di controlli di legittimità e, al di là della materia dei controlli, è rimasta priva di adeguati supporti che ne assicurino la legittimità[42].

---

controllo giurisdizionale sui provvedimenti regolamentari e puntuali adottati dal Consiglio di Presidenza per disciplinare gli incarichi è affidato agli stessi magistrati amministrativi».

[39] Tra i vari profili di criticità e motivi di perplessità, si pensi, ad esempio, alla sussistenza di potenziali conflitti di interessi tutte le volte in cui un giudice amministrativo si trovi a dover decidere in sede giurisdizionale in ordine ad atti normativi e amministrativi alla cui scrittura ha contribuito, non nello svolgimento delle propria attività istituzionale, bensì nella qualità di capo di gabinetto o dell'ufficio legislativo di un ministero (e quindi in seguito ad un incarico retribuito e di natura fiduciaria).

[40] In questa prospettiva è da accogliere con favore il divieto di esercitare in contemporanea funzioni giurisdizionali e ricoprire incarichi governativi, nonché la disciplina del ricollocamento dei magistrati collocati fuori ruolo per l'assunzione di incarichi politico-amministrativi apicali a livello nazionale o regionale e incarichi di governo non elettivi di cui alla legge 17 giugno 2022, n. 71. Sull'argomento, cfr. N. ROSSI, *Ordinamento giudiziario: isolare, separare, atomizzare la magistratura. Solo un preludio delle politiche della destra?*, in *Questione giustizia*, 2022, p. 5 ss.; D. CARDAMONE, *La nuova disciplina del collocamento fuori ruolo dei magistrati*, *ivi*, p. 112 ss.

[41] In merito alla possibilità, all'utilità nonché alla praticabilità costituzionale, dell'attribuzione di funzioni consultive anche ai TAR cfr. V. CERULLI IRELLI, *Federalismo e giustizia amministrativa*, cit.

[42] In tal senso, V. CERULLI IRELLI, *Federalismo e giustizia amministrativa*, cit., p. 4, il quale osserva come la gran parte dell'attività amministrativa degli enti locali si svolga attualmente «senza rete». L'Autore soggiunge che la tale circostanza «espone gli amministratori, i dirigenti e i funzionari degli enti locali e anche delle regioni, a

ISSN 2036-7821

L'attribuzione ai giudici amministrativi di primo grado della funzione consultiva potrebbe essere uno strumento utile per gli enti locali che, nella loro attività regolamentare e amministrativa generale, potrebbero avvalersi gratuitamente dell'apporto di un organo altamente qualificato, del quale è assicurata l'imparzialità e l'indipendenza da influenze esterne.

A tale proposito, è opportuno sottolineare che una siffatta attività non si porrebbe in contrasto con il principio autonomistico e con la potestà degli enti locali di esprimere un proprio indirizzo politico-amministrativo[43]: come osservato in precedenza (v., *supra*, § III) la funzione consultiva ha una natura essenzialmente tecnica e ausiliaria, non incidendo direttamente sulla libertà di determinazione delle finalità da perseguire (e quindi sull'essenza stessa della funzione politica).

La soluzione prospettata sembra idonea a rafforzare la qualità e la stabilità del quadro regolatorio locale; al contempo, potrebbe fornire un rilevante contributo nella prevenzione del contenzioso innanzi ai tribunali amministrativi regionali[44].

notevoli rischi sul piano della responsabilità, come peraltro dimostra il rilevante contenzioso davanti al giudice penale e davanti alla Corte dei conti a carico di questi soggetti; ed espone gli atti amministrativi regionali e locali a un fortissimo contenzioso amministrativo, che in gran parte di casi sfocia nell'annullamento degli atti stessi».

[43] Sulla latitudine e sulla consistenza dell'autonomia riconosciuta costituzionalmente agli enti locali e, in particolare, sull'art. 5 Cost. si segnalano i contributi di C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento nell'art. 5 della Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 67 ss. (saggio per la prima volta apparso in *Riv. dir. pubbl.*, 1948); G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1969; Id., *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 277 ss.; F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Milano, 1979; F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975; G.C. DE MARTIN, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Milano, 1984; A. PIRAINO, *Le autonomie locali nel sistema della Repubblica*, Torino, 1998; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi: autonomie locali e funzione amministrativa nella trasformazione della p.a.*, Padova, 1999; G. VESPERINI, *I poteri locali*, I e II, Roma, 1999 e 2001; Id., *Gli enti locali*, Bari, 2004; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2007. Più recentemente, cfr. S. STAIANO, *Costituzione italiana: articolo 5,* Roma, 2017; R. CALVANO, *L'art. 5, tra promozione e compressione del principio autonomista: un'altalena collegata all'involuzione del sistema politico italiano*, in *www. federalismi.it*, n. 10/2018.

[44] Sul punto, occorre tenere presente l'importante dato comparatistico rappresentato dal sistema francese, nel quale sia il Consiglio di Stato sia i Tribunali amministrativi esercitano funzioni giurisdizionali e funzioni consultive, senza distinzione cioè tra l'organo centrale e gli organi periferici della giustizia amministrativa.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Inerzia amministrativa e potere sostitutivo nelle relazioni intersoggettive

di Sveva Bocchini

(Assegnista di ricerca di diritto amministrativo presso l'università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. La nozione di sostituzione amministrativa. - 2. Le origini del potere sostitutivo - 3. La teoria del controllo sostitutivo: critica. - 4. La configurazione del potere di sostituzione amministrativa quale funzione di amministrazione attiva. – 6. L'inerzia quale presupposto del potere. – 7. L'imputazione dell'atto e le ricadute processuale – 8. L'inesauribilità del potere della p.a. sostituita. - 9. Il potere di riesame dell'atto adottato dal sostituto.

Abstract

The proliferation of regulatory cases in which replacement interventions are envisaged in the face of inertia in the performance of administrative acts is the source of a renewed dogmatic interest in the power of administrative replacement.This paper, starting from a historical investigation on the substitution power, aims to give a systematic framework in the light of the current regulatory context so as to reconstruct those features common to the different types of substitution that allow a unitary legal qualification. This investigation is functional to the resolution of the issues that the exercise of the substitution power raises such as the attribution of the deed adopted as a substitute, the exhaustibility of the administrative power, the identification of the Authority which has the power to review the act adopted.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

Il proliferarsi di fattispecie normative in cui si prevedono interventi sostitutivi a fronte dell'inerzia nel compimento di atti amministrativi è fonte di un rinnovato interesse dogmatico sul potere di sostituzione amministrativa.
Il presente scritto, partendo da un'indagine storica sul potere di sostituzione, si propone di darne un inquadramento sistematico alla luce dell'attuale contesto ordinamentale sì da ricostruire quei tratti comuni ai diversi tipi di sostituzione che ne consentano una qualificazione giuridica unitaria.
Tale indagine è funzionale alla risoluzione delle questioni che l'esercizio del potere di sostituzione solleva quali l'imputazione dell'atto adottato in via sostitutiva, l'esauribilità del potere amministrativo, l'individuazione dell'Autorità cui compete il potere di riesame dell'atto adottato.

1. La nozione di sostituzione amministrativa

La sostituzione amministrativa può definirsi per una consolidata tradizione giuridica[1] come l'istituto mediante il quale un potere attribuito dall'ordinamento ad una determinata autorità è esercitato per autorizzazione legislativa da altro soggetto a fronte dell'inerzia o dell'impossibilità[2] di agire del soggetto competente.
Tratto peculiare della sostituzione amministrativa, tale da differenziarla dalla sostituzione privatistica, è che la stessa non dipende da un'iniziativa del sostituito, ma dal verificarsi di una situazione oggettiva di inerzia nell'adozione di un atto che il soggetto competente avrebbe dovuto adottare[3], sicché la stessa non si configura quale esercizio alternativo della funzione amministrativa[4], ma, al contrario, il potere sostitutivo ha carattere *eccezionale,* ovvero non rientrante nell'ordinario svolgimento

[1] Sulla sostituzione giuridica cfr. M. GRAZIADEI - R. SACCO, *Sostituzione e rappresentanza,* Dig. Priv. – sez. civ., Torino, 1989, XVIII, 616 ss.: "il vocabolo sostituzione denota genericamente le varie ipotesi in cui un soggetto ricorre alla cooperazione di un altro soggetto che compie in suo luogo un'attività giuridica". Si veda inoltre G. MIELE, *Scritti giuridici*, I, Milano 1987, 426 ss., il quale osserva che il concetto di sostituzione "ha per le sue caratteristiche che una determinata attività o attribuzione o competenza, considerata in modo concreto dal diritto positivo come spettante ad un soggetto, venga data da esercitare per generale autorizzazione legislativa, per obbligo o per atto del soggetto titolare, ad un altro soggetto". Sulla nozione di sostituzione nel diritto amministrativo senza pretesa di esaustività cfr. E. ESPOSITO, *Il potere sostitutivo*, Napoli, 1966; G. SIRIANNI, *Inerzia amministrativa e poteri sostitutivi*, Milano, 1991; C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri - Sanzioni-Rimedi*, Milano, 1992; F. G. SCOCA, in *Potere sostitutivo e attività amministrativa di controllo*, in AA.VV., *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, Milano, 1982, 15; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, 4 ss.

[2] Parte della dottrina ricollega l'impossibilità di agire all'istituto della supplenza cfr. G. BARONE, *Sui caratteri distintivi della supplenza nell'organizzazione amministrativa*, in *Studi in onore di Ottaviano*, Milano, 1993, 183; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 12; D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa*, Milano, 1909, 137.

[3] Occorre il decorso di un termine o il riscontro oggettivo di un impedimento del titolare in base al quale affermare che la figura soggettiva cui spetta esercizio del potere non è intenzionata o non è in condizione di farlo.

[4] La sostituzione, quindi, si differenza dalla delegazione in cui l'iniziativa della sostituzione è dello stesso delegante (sostituito), né si può parlare di sostituzione in tutti casi in cui il titolare della funzione amministrativa decide di affidare a privati la costruzione di opere o di gestire servizi pubblici.

ISSN 2036-7821

dell'attività amministrativa, e *temporaneo*, esercitabile cioè fino al permanere dell'inerzia[5].

Va peraltro evidenziato che non tutti i poteri sostitutivi rientrano nella nozione di sostituzione amministrativa così intesa, giacché vi sono nel nostro ordinamento numerose previsioni normative che, disponendo la sostituzione di organi, incidono sulla titolarità delle competenze e non sull'esercizio delle stesse. La dottrina tradizionale distingue, infatti, la sostituzione amministrativa "parziale" dalla quella "totale": la prima, consistendo nella sostituzione nel compimento di un singolo atto o una serie di atti omessi, comporta la sola legittimazione a compiere l'atto omesso (*legittimatio ad agendum*)[6]; la seconda, invece, avendo ad oggetto l'esercizio in via sostitutiva di tutte le competenze di uno o più organi, presuppone la previa rimozione degli organi amministrativi ordinari e il trasferimento della titolarità di quell'ufficio o organo al sostituto (*legittimatio ad officium*).

Inoltre, il titolare del potere sostitutivo può compiere direttamente gli atti oggetto della sostituzione (c.d. sostituzione diretta) o attraverso la nomina di un commissario (c.d. sostituzione indiretta). La nomina di un commissario è prevista tanto per la sostituzione totale che per quella parziale rispetto alla quale è ricorrente l'espressione commissario *ad acta* in analogia con il commissario *ad acta* nominato dal giudice per garantire l'ottemperanza al giudicato o ad una sentenza o ordinanza cautelare. Tuttavia, come di recente ribadito dal Consiglio di Stato[7], il commissario nominato dalla p.a. per sostituire un organo o ente inadempiente nell'esercizio di una funzione amministrativa è una figura profondamente diversa dal commissario *ad acta* di nomina giudiziaria. Il primo ha come scopo quello di assicurare l'esercizio del potere amministrativo, ossia l'effettività dell'azione amministrativa, il secondo, invece, mira ad assicurare l'attuazione di un provvedimento giurisdizionale, ossia l'effettività della tutela giurisdizionale.

Infine la sostituzione può avvenire tra organi della stessa amministrazione (sostituzione interorganica) o tra organi di enti differenti (sostituzione intersoggettiva), ossia tra Stato e enti strumentali o enti territoriali o tra Regione e enti locali.

---

[5] Una parte della dottrina estende lo studio della sostituzione amministrativa a fenomeni in parte diversi dall'adozione in via sostitutiva del provvedimento, ossia alla sostituzione procedimentale da parte di altre Amministrazioni (v. l'adozione di valutazioni tecniche) o alla sostituzione interna nel compimento di atti di non provvedimenti o ancora alla sostituzione procedimentale da parte del cittadino (d. i. a, ora s.c.i.a., dichiarazioni sostitutive, dichiarazioni redatte dai professionisti) cfr. M. BOMBARDELLI, *op.cit.*, 219 ss. Si è scelto invece qui di restringere il campo di analisi alla mancata adozione del provvedimento al fine di indagare quei profili problematici che solo il mancato agire provvedimentale pone.

[6] Il potere sostitutivo si esaurisce con il compimento del singolo atto omesso per il quale è attribuito. La competenza del sostituto si riespande dopo che il potere è stato esercitato.

[7] Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 25 maggio 2021, n. 8.

ISSN 2036-7821

Oggetto del presente contributo è il potere di sostituzione "parziale" nelle relazioni intersoggettive, giacché, coinvolgendo la stessa più amministrazioni e non incidendo sulla titolarità della funzione, ha da sempre presentano profili di maggiore problematicità.

L'approccio seguito fino ad ora dalla dottrina tradizionale è stato quello di studiare la sostituzione amministrativa nell'ambito dell'organizzazione. In particolare gli studi più recenti[8] si sono occupati di trovare un fondamento al potere di sostituzione diverso dal potere di supremazia e compatibile con la crisi del modello gerarchico nei rapporti interorganici e il riconoscimento dell'autonomia costituzionalmente garantita agli enti locali nei rapporti intersoggettivi soprattutto dopo la riforma del titolo V della Costituzione che ha introdotto il principio della equiordinazione tra gli enti territoriali. È mancato per lo più[9] un inquadramento concettuale del potere sostitutivo che in funzione della natura giuridica dello stesso consenta di valutarne le implicazioni sull'interpretazione e applicazione dell'istituto.

2. Le origini del potere sostitutivo

Il potere sostitutivo nel nostro ordinamento ha origine antiche che risalgono all'unificazione nazionale. Con l'instaurarsi dello Stato unitario emerse, da un lato, l'esigenza di realizzare una divisione razionale dei compiti amministrativi tra gli agenti burocratici soggetti a stretta direzione politica, dall'altro, quella di assicurare un controllo centralizzato su tutto il territorio dello Stato in modo da contenere i particolari pluralismi e prevenire i pericoli per l'unità politica assicurando la legalità dell'azione amministrativa.

In questo contesto l'organizzazione dello Stato era improntata a rapporti di *gerarchia* tali da riconoscere agli organi inferiori una sfera di potere determinata per oggetto, valore e territorio, ma tale da lasciare agli organi superiori un'ampia facoltà di ingerenza dai contenuti indeterminati[10].

La competenza degli organi inferiori era allora concepita come "delegazione di potere" da parte del superiore, la quale era priva dei caratteri dell'assolutezza e dell'irrevocabilità, sicché l'autorità superiore poteva sempre sostituirsi nell'attività di quella inferiore[11].

---

[8] Cfr. C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, 2007; L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle Autonomie. Saggio critico sull'art. 120 Cost., comma II, della Costituzione*, Torino, 2007; S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008; V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali*, Milano, 2012.

[9] L'unico studio sistematico dell'istituto in tempi relativamente recenti è la monografia di M. BOMBARDELLI, *op. cit*.

[10] Cfr. M. MANNA, *Partizioni teoriche del diritto amministrativo*, Napoli, 1866, 141.

[11] Cfr. G. SIRIANNI, *op. cit*., 57: "Se l'autorità superiore della gerarchia può in ogni momento surrogarsi a quella inferiore, ove lo ritenga necessario, tale facoltà di avocazione include *a fortiori* quella di sostituzione all'inferiore

ISSN 2036-7821

Com'è noto la concezione tradizionale del rapporto di gerarchia tale da includere al suo interno il potere di invadere le competenze dell'organo subordinato entrò in crisi sul finire dell'800[12] con il riconoscimento dell'incompetenza come uno dei vizi dell'atto avverso il quale è ammesso dalla legge Crispi (l. 21 marzo 1889, n. 5992) il ricorso giurisdizionale. La previsione dell'incompetenza tra vizi dell'atto rafforzò infatti la convinzione circa la *natura esclusiva e inderogabile della competenza*, dotando di rilevanza giuridica una norma di organizzazione[13].

Emergeva in quell'epoca la necessità di individuare un fondamento normativo al potere sostitutivo tale da giustificare la possibilità di alterare l'ordine legale delle competenze[14].

Si deve all'opera di Caruso Inghilleri[15] il più compiuto tentativo di sistematizzazione della materia.

L'illustre A. ricollegava il potere di sostituzione in assenza di una apposita previsione di legge ai soli rapporti di gerarchia (assoluta), ovvero quelli intercorrenti tra gli organi di un ramo del servizio correlati da un'identica competenza per materia, anche se graduati riguardo al territorio, al contrario, riteneva sempre

---

che manchi di operare nei termini prescritti dalle norme, dai giudicati, dagli ordini ricevuti dalla stessa autorità superiore" .

[12] Sulla crisi del rapporto di gerarchia cfr. G. MARONGIU, voce *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano,1968, 618 ss.

[13] Va, tuttavia, ricordato che pur dopo il riconoscimento dell'incompetenza tra vizi dell'anno non mancano autori che ripropongono la concezione tradizionale del rapporto di gerarchia tale da includere il potere di avocazione il quale include in sé il potere di sostituzione cfr. L. M. GIRIODI, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in V.E. Orlando (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1900, I, 307: "negli uffici di carattere burocratico vige la regola in virtù del principio di subordinazione gerarchica il superiore può sempre sostituire l'inferiore, salvo quando sia disposto in contrario dalle leggi o dai regolamenti dell'ufficio". Cfr. anche E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Roma, 1917, I, 24, secondo cui la supremazia gerarchica non comprende il potere di avocazione, mentre include tra *i poteri di vigilanza* giuridica del superiore nei confronti dell'inferiore quello di provvedere in sostituzione quale sanzione per il mancato espletamento delle funzioni che il funzionario dipendente si rifiuti di compiere mentre era obbligato a compierle. Sul punto cfr. anche G. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, I, 1950 il quale individuava il carattere proprio della gerarchia nella "fungibilità" dell'inferiore con il superiore; E. CASETTA, *Manuale diritto amministrativo,* (a cura di) F. Fracchia, Milano, 2021,116: "nelle relazioni di gerarchia in senso proprio, ancora presente nell'ambito dell'amministrazione militare, l'organo subordinato non dispone di un una propria esclusiva competenza, ancorché in ossequio al principio di legalità non possa operare nell'ambito ad esso assegnato e l'organo superiore ha una competenza comprensiva anche di quella del secondo, di qui il riconoscimento in capo all'organo superiore di un potere di avocazione per motivi di interesse pubblico indipendentemente dall'inadempimento dell'organo inferiore e di sostituzione a seguito dell'inerzia dell'organo inferiore. In termini cfr. M. CLARICH, *Manuale diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 353.

[14] Cfr. V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1905, 52 ss.

[15] Cfr. D. CARUSO INGHILLERI, *op. cit*., 155 ss., il quale inquadrava la sostituzione operata dal superiore gerarchico tra le manifestazioni di una funzione indiretta priva del carattere della straordinarietà. Per A. infatti le fattispecie sostitutive non determinavano una modificazione della titolarità delle attribuzioni, ma solo una diversa distribuzione indiretta dell'esercizio di poteri comuni sia all'autorità sostituita che a quella sostituente, di vera e propria sostituzione c.d. perfetta poteva invece parlarsi solo a proposito della sostituzione dello Stato nei confronti degli enti locali.

ISSN 2036-7821

necessaria un'apposta previsione di legge tra gli organi tra i quali non sussiste identità di competenza per materia (gerarchia impropria).
Tale impostazione fu poi ulteriormente sviluppata fino al punto di ritenere che il potere di sostituzione, seppure costituisse conseguenza indiretta del rapporto di gerarchia, in ogni caso dovesse rivestire carattere eccezionale e come tale richiedere una espressa previsione di legge che ne individuasse i presupposti[16].

3. La teoria del controllo sostitutivo: critica

Particolare interesse suscitò il potere di sostituzione statale nei confronti degli enti locali previsti dalla legge comunale e provinciale del 1865. La previsione di enti pubblici dotati di attribuzioni in relazione alla dimensione territoriale degli interessi creava, infatti, una fattispecie di inderogabilità di competenze astrattamente più incisa di quella in capo agli uffici dell'amministrazione statale[17].
A fine di dare un inquadramento sistematico a detto potere Ugo Forti, nel suo studio sui controlli[18], propose quindi la riconduzione del potere sostitutivo nell'ambito dell'ambito della funzione di controllo enucleando la figura dei "controlli sostitutivi" quale sottospecie dei controlli sugli organi con funzione repressiva[19].
Forti individuò tre tipologie di controlli sostituivi. La prima tipologia comprendeva i casi in cui, *lasciando immutato l'ordine delle competenze,* il controllo sostitutivo operava per la correzione di un singolo comportamento. Il controllore emetteva in *luogo e invece del controllato un provvedimento* che produce il medesimo effetto di quello del controllato.
Nella seconda tipologia rientravano i casi in cui l'autorità sostituente *agiva per competenza propria*. In tale ipotesi il potere del sostituente di intervenire era considerato concorrente e comunque sussidiario rispetto a quella dell'autorità

[16] A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova,1931.
[17] Il decentramento aveva un esclusivo rilievo amministrativo essendo l'ente Comunale una mera articolazione dello Stato: la categoria di riferimento era quella dell'autarchia. Gli enti locali sono portori di interessi propri, ma i fini perseguiti da quest'ultimi sono coincidenti con quelli perseguiti dallo Stato.
[18] Cfr. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando (diretto da) *Primo trattato completo di diritto amministrativo,* Milano, 1915, II, 656: "la funzione di controllo consiste in un giudizio circa la rispondenza di determinate attività a determinate norme e principi, ora è chiaro che tale funzione non può compiersi senza l'impiego di un duplice ordine di mezzi. Occorre, in primo luogo, che l'organo di controllo possa venire a conoscenza dell'attività su cui deve portare il giudizio, ed occorre, altresì, perché il giudizio abbia un'efficienza pratica, che esso possa tradursi in una manifestazione di volontà munita di effetto giuridico proprio, e cioè l'organo di controllo sia fornito di mezzi che gli permettano di adempiere in modo giuridicamente efficace al compito suo".
[19] Forti distingueva tra controllo sostitutivo straordinario (o sostituzione di organi) e controllo sostitutivo ordinario (o sostituzione di attività). Nella prima ipotesi Forti limitava l'attività di controllo alla nomina dell'organo e configurava in termini di amministrazione attiva la successiva attività posta in essere dall'organo straordinario. Viceversa nella seconda i due momenti del giudizio e della volontà non possono essere distinti perché l'attuazione del controllo opera mediante un unico atto e solo impugnando quest'atto che si può impugnare la sostituzione.

ISSN 2036-7821

sostituita, avendo come scopo quello di supplire alle deficienze eventuali del sostituito nell'adempimento dei propri compiti naturali. In termini analoghi alla prima tipologia Forti riteneva che il sostituto emettesse provvedimenti che producevano effetti uguali a quelli dell'organo sostituito.
La terza tipologia, invece, secondo l'A. si differenziava dalle prime due perché la funzione di controllo si esauriva con l'accertamento del comportamento omissivo e con l'esercizio di una potestà di natura organizzativa consistente *nella nomina di un organo straordinario* incaricato di sostituirsi nell'esercizio di una determinata competenza. In questo caso gli atti compiuti dall'organo straordinario erano da imputare direttamente al sostituito sia nei lori effetti che nella responsabilità, perché l'organo straordinario agiva come organo del sostituito in virtù del rapporto organico che veniva ad instaurarsi con quest'ultimo. Tale ultima tipologia rivestiva, inoltre, carattere straordinario perché determinava un mutamento della normale organizzazione dell'amministrazione.
La riconduzione del potere sostitutivo entro la categoria dei controlli suscitò tuttavia non rare perplessità. Già nel 1917 Umberto Borsi[20], occupandosi dell'ibrido concetto di "controllo sostitutivo", come lui stesso lo definì, cercò di separare i due aspetti quello del controllo e quella della sostituzione. Secondo lo studioso il controllo doveva esaurirsi almeno sul piano logico nella costatazione di regolarità dell'azione amministrativa che poteva essere positiva o negativa, l'accertamento dell'inerzia, che aveva il valore di presupposto, era rapportabile al controllo, la sostituzione che costituiva l'effetto del controllo[21] era, invece, azione amministrativa[22].

---

[20] U. BORSI, *Intorno al cosiddetto controllo sostitutivo*, in *Studi senesi*, XXXII, 1916, 183: "la vera natura di tale attività non deve rimanere nascosta nella deformità del concetto di controllo artificiosamente ingigantito e bisogna affrettarsi a riportare l'una o l'altro sotto la buona luce alle giuste proposizioni se non si vuole prima o poi assistere alla teorica configurazione della più grande parte dell'attività amministrativa come una serie di controlli".

[21] U. BORSI, *op. cit.*, 180: "Accertato l'inadempimento occorre che sia raggiunto il fine che la legge ha avuto in vista nello stabilire l'obbligo". L'A. pone anche in luce che il Forti palava parlava di sostituzione dell'organo controllante all'organo controllato quasi che fosse indispensabile che la funzione di controllo e la conseguente funzione sostitutiva venissero esercitate dallo stesso organo. Secondo l'A. si possono addurre ragioni *pro* e *contra* il cumulo delle due funzioni: in favore quella, ad esempio, che affidare la sostituzione all'organo controllante si evita risparmio di attività e quindi di tempo e spesa, in senso contrario, che l'organo sostituito può essere turbato nel sereno esercizio del controllo o dal desiderio o dalla preoccupazione di sostituire l'organo di controllo. Cfr. A. PIZZI, *Osservazioni intorno al controllo sostitutivo*, in *Foro amm.*, 1963, 952: "la fase successiva la sostituzione- non può farsi rientrare nell'ambito del controllo quasi fosse un mezzo di estrinsecazione di quest'ultimo. Essa infatti in quanto espressione di amministrazione attiva, che appunto presuppone avvenuto l'esercizio del controllo, viene a configurarsi semmai come un suo effetto". Per una critica all'impostazione di U. Forti v. anche C. ESPOSITO, *op. cit.*, 30 ss.

[22] U. BORSI, *op. cit.*, 182, il quale evidenzia che la sostituzione è rapportabile alla cooperazione tra p.a. non ha quindi funzione repressiva: la particolare complessità degli ordinamenti moderni, l'indole varia dei compiti affidati alle diverse autorità e dei rapporti tra le medesime, le quali allora vengono assumere anche una funzione formalmente antitetica non devono fa perdere di vista l'idea generale di una cooperazione di tutte per il conseguimento dei fini propri dell'amministrazione.

ISSN 2036-7821

La dottrina[23], nell'occuparsi della sostituzione nell'ambito dei controlli, iniziò così a distinguere il controllo *sugli organi*, i quali hanno ad oggetto l'attività complessiva e sono caratterizzati dallo scioglimento dell'organo o dell'ente e dalla nomina di altro soggetto, dal controllo *sugli atti*[24] , in cui, ove si riscontra l'omissione dell'atto dovuto, la funzione di controllo si arresta alla determinazione di far luogo alla sostituzione che rappresenta una *manifestazione di amministrazione attiva*.

Tale intuizione fu poi portata ad estreme conseguenze da autorevole dottrina che, in virtù delle differenze funzionali tra controllo ordinato alla verifica della regolarità di una funzione e sostituzione volta a curare interessi pubblici sostanziali, negò la riconduzione delle misure di tipo sostitutivo alla figura del controllo giuridico amministrativo[25]. Si cominciò così a far strada l'idea che il procedimento che determina la sostituzione nel compimento di atti obbligatori è in realtà unico poiché finalizzato alla realizzazione di un interesse pubblico unitario, di guisa che il potere sostitutivo si colloca al di fuori della materia dei controlli[26].

L'estromissione dall'area del controllo si fondava sulla considerazione che nel caso di sostituzione lo stesso perderebbe il carattere di accessorietà rispetto alla funzione attiva deliberante[27]. Inoltre si osservava che il controllo sugli atti si presentava come

---

[23] Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 244.

[24] La sostituzione si tradurrebbe in una forma di controllo di legittimità avente ad oggetto quegli atti con cui espressamente o implicitamente l'ente rifiuta di esercitare un potere che la legge gli impone di attivare cfr. F. BENVENUTI, *I controlli sostitutivi nei confronti dei comuni e l'ordinamento regionale*, in *Riv. amm*, 1956, 241 ss.,secondo cui l'omissione nell'esercizio del potere proprio per il rilievo che la legge gli attribuisce si concretizza non in una semplice inerzia ma in un atto negativo, il controllo sulla legittimità dell'omissione è quindi un controllo di legittimità sull'atto negativo con cui la p.a. sostituita rifiuta di attivarsi nell'esercizio del potere.

[25] Cfr. M. S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubb*., 1974, 1276: "il sostituto non agisce per controllare il sostituto; agisce per curare un interesse pubblico, che può essere comune ad esso e al sostituito, o anche affidato al sostituito con potenziale partecipazione del sostituto. Il momento di verifica è atto istruttorio, la norma può anche stabilire che nel procedimento si inserisca un subprocedimento comminatorio (invito o diffida ad adempiere) il cui esito negativo funga da presupposto – fatto permissivo dell'esercizio del potere di sostituzione. Sul potere di sostituzione quale funzione di amministrazione attiva cfr. F. G. SCOCA, *Potere sostitutivo e attività amministrativa,* cit., 25 e ss.

[26] La formula "controllo sostitutivo", tuttavia, è stata utilizzata sia in dottrina che in giurisprudenza con una certa continuità cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 521, il quale però distingueva i controlli sostitutivi ed interventi dello Stato nei confronti delle Regioni denominati surrogatori. In giurisprudenza *ex multis* cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7172; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2019, n. 1788; Tar Campania, Napoli, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 465. A livello legislativo la locuzione "controllo sostitutivo" è ancora presente nell'art. 4, secondo comma, della l. n. 131/2003 (c.d. legge "La Loggia"), nonché in leggi regionali, che disciplinano, pur dopo l'abrogazione dell'art. 130 Cost., forme di controllo sostitutivo sugli atti degli enti locali (v. l. r. Abruzzo 23 gennaio 2004, n. 4). Inoltre il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. t.u.e.l.), disciplina i poteri sostitutivi regionali e statali nel titolo V denominato "i controlli", nel capo I rubricato "controllo sugli atti".

[27] Cfr. G. BERTI - L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir*., X, 1962, 316, il quale osserva "l'effettuazione dei giudizi, di riesame di attività altrui, permangono allo stato di premesse logiche dei provvedimenti che vengono adottati e non hanno altra rilevanza se non dal punto di vista della giustificazione e della motivazione. L'attività logica di controllo è superata, insomma, dallo stesso provvedimento, in funzione del quale è esplicata, è cioè sussunta in una manifestazione di potestà "attiva" meglio giustificata nell'ambito di poteri di supremazia speciali appartenenti allo Stato nei confronti degli enti minori".

ISSN 2036-7821

potere estraneo alla sfera degli interessi concreti riferibili al soggetto nella cui organizzazione è inserito l'organo di controllo. La prospettiva "giustiziale" o para giustiziale del controllo in funzione di garanzia obiettiva del diritto postulava l'ammissibilità di un controllo neutrale e l'assenza nel procedimento di attività di cura di un interesse pubblico concreto. Ciò appariva maggiormente evidente a fronte di un'inerzia nell'adozione di atti obbligatori nell'*an*, ma che lasciano una ampia sfera di discrezionalità in ordine al *quid* e al *quomodo.*
Infine si evidenziava che il controllo presuppone un coordinamento tra enti e organi e quindi una cooperazione tra i medesimi al fine di porre in essere e rendere giudicamene operante una fattispecie. Alla sostituzione, secondo questa impostazione, "ripugna, invece, l'idea della cooperazione la quale presuppone il contemporaneo funzionamento dell'organo controllore e controllato e lo svolgimento di entrambe le competenze in relazione ad un'unica fattispecie"[28].

4. La configurazione del potere sostitutivo quale funzione di amministrazione attiva
Il superamento della logica del controllo ha portato al riconoscimento di *un'autonoma funzione di amministrazione attiva* del potere di sostituzione a fronte dell'inerzia amministrativa.
Il sostituto non agisce per controllare il sostituito, ma per il perseguimento dell'interesse pubblico affidato alla cura della organo/p.a. inadempiente e di un ulteriore interesse pubblico rappresentatati dalla continuità[29] e dal buon andamento dell'azione amministrativa[30].
Occorre però soffermarsi sulla natura giuridica del potere esercitato dalla p.a. sostituente nell'attuale contesto ordinamentale.
La riflessione dottrinale è stata fortemente influenzata dal superamento del modello centralista e dall'accoglimento di un schema di relazione tra Stato e enti territoriali basato sulla separazione delle competenze, che in virtù dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti territoriali (art. 5) e del principio di

[28] Così G. BERTI - L. TUMIATI, *op. cit.*, 843.
[29] Cfr. C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, Milano 2007, 37. In termini M. BOMBARDELLI, *op.cit.*, 247; M. SPASIANO, *Il principio del buon andamento*, in M. Renna. F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 124. In senso critico rispetto alla riconduzione del potere sostitutivo al principio di continuità cfr. N. PAOLANTONIO, *Il principio di continuità* in M. Renna- F. Saitta (a cura di) *Studi sui principi*, cit., 340, secondo il quale la continuità dell'azione amministrativa attiene al funzionamento dell'organo (v. *prorogatio);* la sostituzione parziale attiene, invece, al compimento di soli atti che l'organo o Amministrazione aveva il dovere di compiere attraverso la previsione di un potere "eccezionale" e "temporaneo" di sostituzione che non intacca la titolarità della p.a. sostituita.
[30] Cfr. M. SPASIANO, *Il principio del buon andamento,* cit., 124, il quale evidenzia il nesso tra buon andamento e poteri sostitutivi quali strumenti atti a garantire l'effettivo esercizio della funzione amministrativa.

ISSN 2036-7821

pariordinazione degli stessi (art. 114 Cost.) ha reso necessario individuare un fondamento costituzionale al potere sostitutivo[31].

Com'è noto la Corte Cost., dopo la riforma del titolo V, ha rinvenuto tale fondamento per il potere sostitutivo ordinario nella tutela di *esigenze unitarie* che fanno capo allo Stato o alla Regione rispetto alle inerzie degli enti territoriali (art. 118 Cost.)[32], mentre per il potere sostitutivo governativo "straordinario" nell'esigenza di tutela di *interessi essenziali*, elencati dall'art. 120 Cost quali il mancato rispetto di norme e trattati costituzionali, il pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, i livelli essenziali delle prestazioni, che rimandano a "emergenze istituzionali di particolare gravità" e delle quali lo Stato, quale responsabile ultimo dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica garantita dall'art. 5 della Costituzione, si fa portatore[33].

---

[31] Già prima della riforma del titolo V in assenza di alcuna previsione costituzionale che menzionasse poteri sostitutivi statali si era posto il problema della legittimità costituzionale delle numerose ipotesi di sostituzione statale nei confronti delle Regioni introdotte dal legislatore statale. Parte della dottrina riteneva, infatti, che in assenza di un'adeguata base costituzionale l'esercizio di poteri statali dovesse essere escluso in tal senso A. M. SANDULLI, *Manuale,* cit., 529; G. BERTI, L. TUMIATI, *Commissario,* cit., 845. La Corte Cost. ha invece riconosciuto la legittimità di tali previsioni o perché rivolte ad assicurare il rispetto degli obblighi statali assunti sul piano internazionale (cfr. Corte Cost. n. 142/1972) o per la tutela di valori costituzionali primari (Corte Cost. n. 317/1983) o per la salvaguardia di interessi nazionali non suscettibili di frazionamento (Corte Cost. n. 177/1988). La Corte Cost. in quest'ultima sentenza elaborò un vero e proprio statuto della sostituzione amministrativa definendo i presupposti sostanziali e procedurali, ossia l'avere ad oggetto un'attività vincolata nell'*an*, ma non necessariamente nel *quid* e nel *quomodo*, e il cui esercizio debba avvenire nel rispetto del principio di leale collaborazione. Tale decisione ha costituito un punto fermo per la giurisprudenza del decennio successivo. Per una più ampia ricostruzione del dibattito circa la legittimità costituzionale delle previsioni di legge introduttive di poteri sostitutivi statali nei confronti di enti territoriali si rinvia a C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali,* cit. 23 ss.; V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi*, cit., 45 ss.

[32] L'allocazione della funzione amministrative è attribuita alla legislazione statale o regione (a seconda che la materia spetti alla competenza legislativa statele o regionale) secondo il criterio, espresso dall'art. 118 Cost., della preferenza generalizzata per gli enti più vicini a i cittadini, ma tale concreta allocazione è controbilanciata da un criterio flessibile improntato sui principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza che consentano anche di prevedere poteri sostitutivi eccezionali per il perseguimento di interessi unitari in caso di omissioni da parte dell'ente competente.

[33] Cfr. Corte Cost., 27 gennaio 2004, n. 43, ove si afferma che l'art. 120 Cost. disciplina unicamente il potere sostitutivo "straordinario", ma questo non esclude l'ammissibilità, anche dopo la riforma del titolo V della Costituzione, di interventi sostitutivi ordinari, previsti da leggi di settore, statale o regionale, in capo ad organi dello Stato o delle Regioni o di altri enti territoriali in correlazione con il riparto di funzioni amministrative da esso realizzato e con le ipotesi specifiche che li possono rendere necessari anche da parte regionale nei confronti di enti locali. Per la Corte la norma dell'art. 120 Cost."deriva palesemente dalla preoccupazione di assicurare comunque in un sistema di più largo decentramento di funzioni, quale quello delineato dalla riforma, la possibilità di tutelare, anche al di là degli specifici ambiti delle materie coinvolte e del riparto costituzionale delle attribuzioni alcuni interessi essenziali- il rispetto di obblighi internazionali e comunitari, la salvaguardia dell'incolumità e della sicurezza pubblica, la tutela in tutto territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernetti diritti civili e sociali- che il sistema costituzionale attribuisce allo Stato. La Corte chiarisce perciò che la legge statale o regione, nel disciplinare le funzioni amministrative, può prevedere anche poteri sostitutivi di un livello di governo rispetto ad un altro per il compimento di specifici atti o attività, considerati dalla legge necessari per il perseguimento degli interessi unitari coinvolti e non compiuti tempestivamente dall'ente competente. Sulle condizioni e limiti per l'esercizio di tali poteri il collegio ha riaffermato la necessità di

ISSN 2036-7821

In particolare si è messo in rilievo che nella sostituzione "ordinaria" i relativi meccanismi rispondono ad una logica tutta interna al principio di sussidiarietà "ascendente" di allocazioni di funzioni tra diversi livello di governo in cui l'ente più comprensivo, che esercita la sostituzione, cura l'interesse affidato alla cura del sostituito nell'ipotesi di inadempimento di quest'ultimo (art. 118 Cost.)[34]; nella sostituzione "straordinaria" , invece, la presenza di emergenze e di interessi essenziali va ricondotta secondo una logica esterna al principio di sussidiarietà alla tutela di un interesse generale dell'ordinamento che fa capo allo Stato[35].

Ciò che preme evidenziare in questa sede è che tanto la giurisprudenza[36] quanto la dottrina[37] hanno ravvisato nel perseguimento di un interesse pubblico ulteriore di cui l'ente sostituto è portatore (tutela di interessi unitari o di interessi essenziali a fronte di emergenze istituzionali di particolare gravità) il carattere peculiare del potere di

---

rispettare i limiti individuati dalla Corte prima della riforma del titolo V, ovvero che le ipotesi di potere sostitutivo siano disciplinate dalla legge che deve definirne i presupposti sostanziali e procedurali, in secondo luogo che la sostituzione sia prevista solo per atti o attività prive di discrezionalità nell'*an*, la cui obbligatorietà sia il riflesso di interessi unitari alla cui salvaguardia procede l'intervento sostitutivo, in terzo luogo che il potere sia esercitato da un organo di governo della Regione o sulla base di una decisione di questo, infine che la legge appresti congrue garanzie procedimentali per l'esercizio del potere in conformità al principio di leale collaborazione, sì da assicurare all'ente sostituito la possibilità di interloquire con l'ente sostituto al fine di evitare la sostituzione attraverso un autonomo adempimento. In questo modo, la sentenza ripropone, in un'ottica di continuità, il modello sostitutivo *ante* riforma atteso che ammette un potere di sostituzione regionale nei confronti degli enti locali, disancorando la disciplina di quest'ultimo dalla materia della lett. *p)* del comma 2, dell'art. 117 Cost., e, quindi, in definitiva, dalla competenza del legislatore statale.

[34] Cfr. S. PAJNO, *La sostituzione tra enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, Palermo, 2007, 170, il quale evidenzia che, pur se l'intervento sostitutivo deriva dall'esigenza di tutelare gli interessi pubblici propri dell'amministrazione sostituente, tali interessi sono solo quelli sottesi alla funzione amministrativa ordinariamente spettante all'ente sostituto, secondo la tesi dell'interconnessione interfunzionale avanzata dallo stesso Autore in forza della quale l'esercizio del potere sostitutivo ordinario costituisce una *species* del più generale fenomeno di allocazione di funzioni amministrative in base al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, Cost.

[35] Cfr. M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 202, il quale ritiene che nell'attuale contesto ordinamentale caratterizzato dall'evoluzione dell'amministrazione in senso policentrista e multi organizzativo il potere sostitutivo anche quello straordinario debba trovare sempre la propria giustificazione non in una relazione di supremazia seppure attenuata, ma *in una relazione funzionale*, ossia in una relazione tra soggetti diversi, non integrati in senso verticale, ma vincolati dall'ordinamento giuridico ad integrare un collegamento reciproco il cui il contributo di ognuno è indispensabile per il raggiungimento di un risultato comune. In questa prospettiva la sostituzione viene vista come strumento a disposizione dei diversi titolari degli interessi coinvolti nella dinamica di perseguimento dell'interesse generale che si vengono a trovare nell'impossibilità di curare i loro interessi a causa del comportamento di chi rimane inerte nella cura di un interesse inscindibilmente connesso. Diversamente S. PAJNO, *La sostituzione,* cit., 229, secondo cui l'art. 120, secondo comma, Cost., affida la cura degli interessi ad essa sottesi anche al Governo (sia pure in seconda battuta), oltre che agli enti ordinariamente competenti. Secondo l'A. perciò l'interesse per cui il Governo si attiva è il medesimo interesse per il quale le funzioni oggetto di sostituzione sono state (originariamente) conferite all'ente che subisce la sostituzione.

[36] Sulla diversità dell'interesse perseguito dal sostituto rispetto a quello del sostituito in giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. V., 23 aprile 1982, Id., sez. V., 25 maggio 1995, n. 827, Id., sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332.

[37] In dottrina cfr. C. MAINARDIS, *op. cit.*, 113; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 318.

ISSN 2036-7821

sostituzione tale da connotarlo in termini di autonomia e diversità rispetto al potere di amministrazione attiva attribuito al sostituito.

Se si guardano poi le numerose ipotesi di intervento sostitutivo previste dal legislatore nell'attuale contesto ordinamentale può notarsi che esse rispondono principalmente a due finalità[38]. La prima è quella di garantire la funzionalità complessiva della pubblica amministrazione, ove, data una situazione di "coincidenza" o comunque di "connessione" dell'interesse del sostituto con quella del sostituito, l'inerzia di ques'ultimo pregiudica la cura di un interesse pubblico attribuito al sostituto, il quale agisce quindi per tutelare un interesse proprio compromesso dall'inerzia della p.a. competente. Tale modello è rinvenibile, ad esempio, nella programmazione territoriale "a cascata" alla quale partecipano, sia pure con differenti ruoli, una pluralità di livelli di governo e ove l'inerzia di un soggetto pubblico può "facilmente determinare conseguenze negative per il buon andamento che si trasmettono a catena nell'ambito istituzionale proprio di altri soggetti"[39]. La seconda finalità della sostituzione è quella di *tutelare diritti e interessi dei privati* che potrebbero subire una lesione a causa dell'inerzia dell'ente competente. In tali fattispecie l'attivazione di un intervento sostitutivo da parte di altro ente/organo viene considerata *una forma di ricorso atipico*[40], sollevando il privato dall'onere di adire il giudice amministrativo al fine di ottenere il provvedimento richiesto. Si tratta di ipotesi ricorrenti nel nostro ordinamento: si pensi, ad esempio,

[38] Sulle finalità della sostituzione cfr. G. SIRIANNI, *op. cit.*, 12, il quale individuava tra le finalità della sostituzione anche la garanzia della legalità dell'azione amministrativa. La loro previsione, già contenuta nella prima legge provinciale e comunale del 1865, era rinvenibile secondo l'A. nelle norme che attribuivano alla Regione il potere di sostituzione nel caso di mancata adozione di atti obbligatori da parte degli enti locali contenute nella l. 8 giugno 1990, n. 142. Tale potere, oggi disciplinato nell'art. 136 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 2678 (c.d. Testo unico enti locali), va, tuttavia, interpretato alla luce delle sentenze della Corte Cost. nn. 43 e 69 del 2004 che nel riconoscere la legittimità costituzionale di previsioni di legge (statali o regionali a seconda della materia) che introducono ulteriori poteri sostitutivi, oltre a quello straordinario di cui all'art. 120 Cost., ancorano la legittimità costituzionali di tale previsioni all'esigenza di tutela di interessi unitari compromessi dall'inerzia degli enti locali e ne attribuiscono la competenza ad un organo di governo della Regione. In termini dubitativi rispetto alla possibilità di includere il difensore civico tra gli organi di governo della Regione cfr. M. SPASIANO, *Il difensore civico regionale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Foro amm.*, 2005, 3037.

[39] Cfr. G. SIRIANNI, *op. cit.*, 37 ss.: "L'inerzia di un soggetto pubblico può determinare conseguenze negative per il buon andamento che si trasmettono a catena nell'ambito istituzionale proprio di altri soggetti. I poteri sostitutivi sono prefigurati allo scopo di impedire che tale genere di disfunzioni resti privo di correttivi: sicché l'insieme delle autorità pubbliche responsabili in senso lato del governo del territorio viene a costituire una sorta di ordinamento, dotato di strumenti interni di autocorrezione". Un esempio è dato dall' art. 8 l. 17 agosto 1942, n. 1150, che attribuisce un potere di sostituzione al Prefetto (ora Regione) nel caso mancata adozione di piani regolatori generali da parte del Comune. Quasi tutte legge regionali di governo del territorio prevedono inoltre poteri sostitutivi regionali nel caso di inerzia di enti preposti all'assunzione di atti di loro competenza in materia urbanistico edilizia e paesistico ambientale. Cfr. M. BOMBARDELLI, *op cit.*, 91 ss., part. 185 ss., ove si afferma efficacemente che la sostituzione di un centro ad un altro è volta ad assicurare «la completezza del sistema delle interdipendenze necessarie per condurre l'amministrazione al perseguimento del risultato satisfattivo dell'interesse generale».

[40] Cfr. G. SIRIANNI, *op. cit.*, 16. In tal senso Cons. Stato, sez. I, 2 marzo 1984, n. 369.

ISSN 2036-7821

agli interventi sostitutivi consentiti dall'art. 21 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (c.d. T.U. dell'edilizia) per il rilascio del permesso di costruire o ancora alla previsione contenuta nell'art. 146 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (c.d. Codice dei beni culturali) che consente all'interessato, nel caso di mancata emanazione dell'autorizzazione paesaggistica, di richiedere il provvedimento in via sostitutiva alla Regione tramite la nomina di un commissario *ad acta*[41]. Ma anche il potere sostitutivo previsto dall'art. 4 l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia) per gli interventi volti alla realizzazione di interventi produttivi aventi rilevante impatto sulla crescita economica del Paese risponde ad una logica di incremento della tutela del cittadino a fronte delle inerzia amministrativa anticipando gli effetti di questa ad una fase procedimentale[42].

[41] Questo potere di sostituzione si affianca a quello di sostituzione interna previsto dall'art. 2, comma 9 *bis* e 9 *ter*, introdotti dalla d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, poi modificato dall'art. 61, comma 1, lett. *b*., del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazione dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, che prevede che decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento il responsabile dell'unita o l'unità organizzativa responsabile, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere di sostituzione entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concludendo il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario *ad acta*. Sul potere di sostituzione interna cfr. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio amministrativo*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 292, il quale pone in evidenza che detto potere proprio per la sua natura interna ha dimostrato scarsa efficacia, secondo l'A. è, infatti, necessaria un'alterità tra ente inerte e il soggetto chiamato a sostituirsi affinché detto potere sia esercitato in concreto. Sulla sostituzione interna introdotta dalla l. n. 5 del 2012 cfr. S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal d.l. semplificazioni n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, in www.*giustizia-amministrativa.it*. Sulla portata della modifica introdotta dal d.l. n. 77/2021 all'art. 2, comma 9 *bis* e *ter* l. 241/1990 cfr. F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento*, in *Giorn. amm*., 2021, 776.

[42] L'art. 4 della l. 124/2015 (c.d. l. Madia) ha previsto l'emanazione di un regolamento governativo (ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400), recante norme di accelerazione dei procedimenti amministrativi "relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali", affiancate a penetranti poteri sostitutivi. L'art. 4 della legge n. 124/2015 non ipotizza che l'accelerazione e l'esercizio dei poteri sostitutivi sia generalizzato, ma attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, il compito di individuare i singoli interventi con positivi effetti sull'economia o sull'occupazione per i quali adottare le misure sostitutive. Per i procedimenti così individuati la legge prevede poi termini di conclusione ridotti in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto a quelli applicabili ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 241 del 1990. Sul potere di sostituzione introdotto dalla l. Madia cfr. A. POLICE, *Unresponsive Administration e rimedi: una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.a,*. in atti del Convegno annuale AIPDA 2016 "*Antidoti per la cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, il quale osserva: "questa riforma dà corpo a quel principio di sussidiarietà anche ascendente che è inevitabilmente necessario se si vogliono favorire forme di accelerazione della decisione senza rinunciare all'esercizio del potere, con conseguente assunzione della responsabilità del pubblico potere: responsabilità in termini politici (e quindi anche legittimazione democratica del processo decisionale) e responsabilità in termini giuridici". Per una critica a tale norma cfr. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione come dovere*, Napoli, 2016, la quale pone in luce che il legislatore nel prevedere la riduzione di termini rende ancora più difficile l'adempimento quasi al fine di legittimare una più urgente sostituzione. In termini critici cfr. anche M. SPASIANO, *Storia, fondamento e attualità del potere sostitutivo nella pubblica amministrazione*: *dalla logica della straordinarietà all'amministrazione alternativa*, in *Dir. e società*, 2019, 58, il quale esprime perplessità sia sul dimezzamento dei termini del procedimento introdotto dalla l. n. 125/2015, sia sull'inclusione da parte del regolamento attuativo tra i procedimenti aventi effetti positivi su economia e occupazione anche di provvedimenti costitutivi di posizioni primarie.

ISSN 2036-7821

Volendo, quindi, tentare di ricondurre a "unità" le diverse ipotesi di sostituzione (anche quelle esercitate nei confronti di enti non dotati di autonomia costituzionalmente garantita), può osservarsi che il potere di sostituzione può essere qualificato, a parere di chi scrive, come un *autonomo potere* rispetto a quello della p.a. sostituita, perché trattasi di un potere che potremo definire in senso lato di *secondo grado,* giacché presuppone l'accertamento dell'inerzia del sostituito. In altri termini la presenza di un interesse ulteriore sia esso legato alla realizzazione di esigenze unitarie (art. 118 Cost.) o di interessi essenziali a fronte di emergenze istituzionali (art. 120 Cost.) giustifica dal punto di vista costituzionale la previsione di un potere sostitutivo nei confronti di enti territoriali dotatati di autonomia costituzionalmente garantita, ma non altera il modello di riferimento di base della sostituzione amministrativa rappresentato *in primis* dalla cura di un interesse pubblico attribuito ad altra amministrazione. Il sostituto agisce per la cura di un interesse affidato alla p.a. sostituita, ma per il perseguimento di ulteriori interessi ricorrenti nelle diverse fattispecie e più in generale a garanzia del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)[43].

Il tratto qualificante del potere di sostituzione è rappresentato allora dal costituire un potere di amministrazione attiva come quello attribuito alla p.a. sostituita, ma diverso e succedaneo rispetto a quest'ultimo.

La conseguenza di tale ricostruzione è che la previsione di un potere sostitutivo non determina un trasferimento di competenze, ma l'attribuzione di un autonomo potere di provvedere rispetto a quella della p.a. inerte, che si esaurisce con il compimento dell'atto omesso o da parte dell'ente sostituto o da parte dell'ente competente.

Una conferma in tal senso sembra derivare dalle numerose sentenze della Corte Costituzionale[44] sui poteri sostitutivi nei confronti di enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita, ove la Corte ha rimarcato la necessità di un procedimento volto a stimolare, pur dopo il verificarsi dell'inerzia, l'adempimento dell'obbligo di provvedere in capo all'ente competente in conformità con il principio di leale collaborazione.

La natura del potere si riflette, infine, sul carattere complesso del procedimento di sostituzione implicante una prima fase di accertamento dell'inerzia in cui la p.a.

[43] Cfr. M. SPASIANO, *Storia, fondamento, attualità,* cit., 58, il quale evidenzia peraltro che la diffusione del potere sostitutivo in ambiti sempre più vasti risponde più che all'esigenza di continuità ed effettività dell'esercizio dell'azione dei pubblici poteri, ad esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa al fine di offrire agli interlocutori dell'amministrazione garanzie maggiori di quelle che possono derivare dalla varia forme di silenzio significativo o di autocertificazione.

[44] Cfr. Corte Cost. n. 47 del 2003 e ord. n. 43 del 2003.

ISSN 2036-7821

inadempiente deve interloquire con il sostituendo ed una seconda fase di esercizio del potere omesso disciplinata dalla l. n. 241/1990[45].

5. L'inerzia come presupposto del potere sostitutivo

Configurato il potere di sostituzione a fronte dell'inerzia nell'adozione di atti amministrativi come potere succedaneo rispetto a quello della p.a. titolare della funzione, occorre ora soffermarsi con attenzione sull'individuazione dei presupposti legittimanti al fine di evitare che lo stesso si risolva un indebito svuotamento di competenza altrui.

Presupposto fondamentale per la sostituzione ai fini che qui interessano è la violazione dell'obbligo di provvedere, ossia la mancata adozione di un provvedimento obbligatorio nell'*an*, seppure non nel *quid* o nel *quomodo*. Più problematico è l'individuazione del momento in cui si realizzazione detta violazione. Invero, se nei procedimenti ad istanza di parte la doverosità nasce dalla proposizione dell'istanza, sicché il silenzio illegittimamente prestato dalla p.a. concretizza la violazione dell'obbligo di provvedere[46]; nei procedimenti d'ufficio, invece, è necessario distinguere tra termini di esercizio del potere e termine di conclusione del procedimento: i primi decorrono da un fatto diverso dall'inizio della sequenza procedimentale e hanno, quindi, vita e operatività autonoma, tanto che possono scadere sia nella costanza del procedimento che in un momento anteriore, sicché per non lasciare all'arbitrio del sostituto la scelta del momento in cui è attivabile il potere sostitutivo è sempre necessario l'individuazione legislativa del termine di esercizio[47].

Ciò posto, il primo quesito da risolvere è se il potere sostitutivo sia esercitabile esclusivamente a fronte della mancata adozione dell'atto obbligatorio o anche in presenza di atti non conformi ad un risultato da perseguire. Si è così discusso circa la possibilità di esercitare il potere sostitutivo a fronte di provvedimenti illegittimi o inopportuni[48].

Tale interpretazione presenta, a parere di chi scrive, profili di criticità. Ed, infatti, consentire l'esercizio del potere sostitutivo a fronte di atti illegittimi o inopportuni significa riconoscere un potere di controllo su tali atti che, non solo richiederebbe una apposita previsione di legge, ma soprattutto, se esercitato nei confronti di enti dotati

[45] La verificazione dell'inerzia da parte della pubblica amministrazione costituisce il presupposto per l'esercizio del potere ma non ha una propria autonomia cfr. M. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1276.

[46] Cfr. A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Dir. e proc. amm*, 2017, 359 ss.

[47] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5706, che in relazione al potere sostitutivo previsto dall'art. 136 d.lgs. 2000, n. 276, afferma che il carattere obbligatorio dell'atto non deve essere necessariamente ricavato dal carattere perentorio del termine.

[48] Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Art. 8 (Attuazione dell'art. 120 Cost. sul potere sostitutivo)*, in AA.VV., *Legge "La Loggia", Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 in attuazione del Titolo V. Cost.*, Bologna 2003, 175.

ISSN 2036-7821

di autonomia costituzionale, contrasterebbe con l'attuale assetto costituzionale improntato sul principio di equiordinazione tra gli enti territoriali (art. 114 Cost.)[49].
Ora, se tale opzione ermeneutica è sostenibile in relazione al potere sostitutivo straordinario[50], ove a fronte di emergenze istituzionali radicate in valori essenziali per lo Stato ordinamento, l'art. 120 Cost., che fonda direttamente il potere di intervento dello Stato (senza la necessaria intermediazione di una norma di legge attributiva del potere)[51], non prevede espressamente come presupposto per l'esercizio del potere un inadempimento dell'ente competente[52], è sicuramente da

[49] L'unica norma che prevede un potere di annullamento "straordinario" di atti di enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita è l'art. 138 d.lgs. n. 267 del 2000 (c.d. T.u.e.l.) di cui peraltro una parte della dottrina dubita dell'attuale vigenza dopo la riforma del titolo V della Cost. cfr. P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova, 2003, 210;V. CERULLI IRELLI , *Lineamenti di diritto amministrativo,* Torino, 2021,, 513; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1305 ss., spec. 1324, Sulla sopravvivenza di tale potere dopo la riforma del titolo V cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. I, parere 7 aprile 2020 n. 735, ove il fondamento costituzionale del potere viene individuato nell'art. 117 Cost., comma 2, che attribuisce alla potestà esclusiva statale determinate materie corrispondenti all'unità e coerenza dell'ordinamento, sicché il potere di annullamento straordinario del governo va limitato a dette materie. In dottrina, tra i numerosi contributi sul tema, G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi tra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2005, 5, 819 ss.; A. DE MICHELE, *L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo*, *ivi*, 2008, 5, 619 ss.; V. COCOZZA, *Il potere sostitutivo «configura» l'autonomia: qualche riflessione sul più recente percorso giurisprudenziale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, I, Napoli, 2008, 599 ss. Per una lettura dell'art. 120 Cost. come fondamento costituzionale del potere governativo di annullamento straordinario previsto dall'art. 138 del d.lgs. n. 267 del 2000 cfr. G. SCIULLO, *Il controllo sugli enti locali e la riforma costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 899 ss.; V. DI CAPUA, *Il potere governativo di annullamento straordinario e il mito della Fenice*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 1, 247 ss. In senso contrario cfr. L. BRUNETTI, *Considerazioni sul potere di annullamento di cui all'art. 138 Tuel e sulla riconducibilità all'art. 120 Cost*., in *Dir. amm*., 2006, 721, il quale nega la riconduzione del potere di annullamento straordinario all'art. 120 Cost. data la diversità del potere sostitutivo che implica una funzione di amministrazione attiva e l'annullamento di atti da ricondurre una funzione di controllo. Per giustificare la sopravvivenza dell'art. 138 del T.u.e.l l'A. riconduce perciò al potere di "autotutela" governativa il potere di annullamento straordinario limitandolo perciò ai soli atti posti in essere dal Sindaco in qualità di ufficiale di Governo.

[50] Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo,* cit., 68, il quale afferma che l'inadempimento che dà luogo al potere di sostituzione straordinaria del governo previsto dall'art. 120 può essere sia di carattere omissivo o commissivo e ciò sia con riferimento all'attuazione di adempimenti previsti da dette norme sia in caso di erronea o carente attuazione, ma anche a fronte dell'adozione di provvedimento in contrasto. In questo caso il meccanismo previsto dall'art. 8 l. n. 131/2013 della diffida riguarderebbe secondo l'A. l'esercizio di un potere di annullamento d'ufficio, revoca, riforma dell'atto.

[51] L'art. 120, comma 2, Cost. istituisce direttamente il potere di potere sostitutivo, rimandando alla legge solo la disciplina del procedimento, ossia le modalità della sostituzione e non l'individuazione dei singoli casi di attivazione cfr. S. PAJNO, *La sostituzione,* cit,, il quale, tuttavia, pone in luce che come il legislatore ordinario sia propenso a procedere ad una preventiva individuazione normativa dei casi in cui si può addivenire alla sostituzione straordinaria, mentre il Governo, salvo casi specifici, non pare incline ad utilizzare tale strumento autonomamente in assenza della richiamata mediazione legislativa.

[52] Va peraltro evidenziato che numerose sono le previsioni contenute nella legislazione più recente che in ragione della tutela di interesse essenziali per l'ordinamento (art. 120 Cost.) individuano l'inerzia che legittima il potere di sostituzione non nel mancato compimento di singolo atto, ma nella mancata realizzazione di un obiettivo. V. da ultimo la previsione dall' art. 12, comma 1, del d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108/2021, ove si prevede un potere sostitutivo statale nell'ipotesi di in attuazione degli obiettivi del PNRR e ciò a fronte della mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti, o nel caso di ritardo, inerzia o

ISSN 2036-7821

escludere nei casi di sostituzioni "ordinaria" disciplinati da leggi settore ex art. 118 Cost., ove in conformità al principio di sussidiarietà nell'allocazione delle funzioni amministrative da parte del legislatore, l'intervento sostitutivo dell'ente più comprensivo si giustifica solo in caso di inadempimento dell'ente più vicino ai cittadini.

Si è anche posto in dubbio che l'inerzia dell'ente sostituito sia il presupposto qualificante del potere sostitutivo a fronte di una situazione di "urgenza"[53].

Tuttavia anche detta interpretazione desta perplessità. Ed infatti ritenere che l'esercizio del potere di sostituzione possa prescindere dall'inerzia dell'ente sostituito significherebbe ammettere l'attribuzione di una competenza "propria" e non di un mero esercizio di una competenza altrui, caratterizzata come tale dalla "temporaneità". Come giustamente osservato da parte di altra dottrina può allora ritenersi che l'urgenza del provvedere debba essere intesa come inerzia "anticipata", giacché l'urgenza riduce i tempi per l'adozione dell'atto dovuto *in primis* dall'ente competente[54].

La tesi che ancora alla sola urgenza il presupposto per l'esercizio del potere sostitutivo può ad avviso di chi scrive essere accolta solo in relazione al potere sostitutivo "straordinario", ove la tutela di valori essenziali per l'ordinamento, può

---

difformità nell'esecuzione degli stessi. Peraltro l'art. 13 estende i meccanismi sostitutivi anche a fronte di dissenso di organi della Regione o di un ente locale laddove non sia stato possibile superare il dissenso in sede di conferenza permanente. Precisamente, la disposizione dispone che il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna all'ente territoriale inadempiente un termine per provvedere non superiore a 30 giorni. In ipotesi di inottemperanza, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio competente ovvero nomina un commissario *ad acta*, per adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero provvedere all'esecuzione dei progetti. In caso di dissenso, diniego o opposizione da parte della Regione, la Segreteria tecnica può proporre al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro per gli affari regionali e le autonomie, entro i successivi 5 giorni, di sottoporre la questione alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome per concordare le iniziative da assumere, entro il termine di 15 giorni dalla data di convocazione della Conferenza. Decorso tale termine, qualora non si sia raggiunta una soluzione condivisa ed idonea alla realizzazione dell'intervento, il Presidente del Consiglio dei ministri ovvero il Ministro per gli affari regionali propone al Consiglio dei ministri le iniziative necessarie per attuare il potere sostitutivo ex artt. 117, comma 5, e 120, comma 2, Cost.

[53] Nel senso che l'urgenza possa giustificare il potere di sostituzione G. AVANZINI, *op. cit.*, 87: "si può ammettere che in determinate situazioni un soggetto possa sostituire il titolare di competenza nell'esercizio di questa non perché sia rimasto inerte, ma perché il comportamento richiesto debba essere anticipato rispetto ai tempi originari assegnati data l'eccezionalità della situazione venutasi a creare nella realtà in cui l'amministrazione è chiamata ad operare".

[54] Cfr. M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 277, il quale ritiene che anche in caso di urgenza deve essere tenuto in considerazione il presupposto dell'inerzia, avendo cura di determinare quest'ultimo non con riferimento al termine originariamente previsto per lo svolgimento di una certa attività, ma in termini presuntivi rispetto ad esso, con riferimento ad un nuovo termine stabilito in relazione all'urgenza di operare, che deve quindi essere adeguatamente comunicato all'ente originariamente competente, così da metterlo in condizione di operare in via d'urgenza.

ISSN 2036-7821

giustificare un intervento preventivo dello Stato a fronte di situazioni emergenziali[55], ma con l'avvertenza che l'esercizio di un potere che prescinda dall'inerzia altrui si configura quale *fonte di una attribuzione "propria"* e non di un potere sostitutivo in senso tecnico.

Infine può discutersi se l'adozione di atti dilatori o soprassessori, che solo apparentemente configurando una spendita del potere, sia equiparabile alla mancata adozione del provvedimento ai fini dell'esercizio del potere di sostituzione. Può osservarsi in proposito che in relazione all'azione avverso il silenzio rifiuto la giurisprudenza tende ad equiparare all'inerzia l'adozione di atti elusivi dell'obbligo di provvedere[56] al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale. Ebbene la mancata estensione di detta interpretazione all'esercizio del potere di sostituzione condurrebbe a negare la valenza unitaria della nozione giuridicamente rilevante di inerzia, il che è tanto più criticabile se, come si ritiene, potere sostitutivo e azione giurisdizionale si configurano spesso come rimedi alternativi a tutela del privato (v. *infra*). Inoltre, se per giustificare la proposizione di un ricorso avverso il silenzio rifiuto può farsi riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), non di meno per l'attivazione del potere sostitutivo assume rilevanza il principio del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)[57].

6. L'imputazione dell'atto e le ricadute processuali

Chiarita la qualificazione giuridica del potere sostitutivo, occorre ora valutarne le implicazioni che da esso ne discendono.

Invero se non vi è dubbio che nei confronti dei terzi, siano essi altre Amministrazioni o privati, l'atto adottato in via sostitutiva produce gli stessi effetti dell'atto che doveva essere adottato dal sostituto, giacché ciò rappresenta proprio lo scopo della previsione di un potere sostitutivo, più problematica è la questione degli effetti della sostituzione nei confronti della p.a. sostituita.

Si tratta, in primo luogo, di verificare a quale soggetto (sostituito o sostituto) debba essere imputato l'atto adottato in via sostitutiva. La questione è da sempre oggetto di discussioni in ragione della diversa natura giuridica attribuita al potere sostitutivo.

[55] L'art. 8 l. n. 131/2001 prevede nei casi di assoluta urgenza una procedura d'intervento che prescinde dalla formale contestazione dell'inadempimento. Sulla legittimità di un intervento sostitutivo anticipato ex art. 120 Cost. cfr. C. MAINARDIS, *op. cit.*, 196, il quale riconduce tale potere preventivo ad un potere surrogatorio in senso ampio come corollario della straordinarietà della fattispecie tipizzata dalla Costituzione.

[56] Tar. Sicilia, Catania, sez. II, 20 maggio 2021, n.1648; Tar Puglia, Bari, sez. III, 17 giugno 2020, n. 861; Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2021, n. 4803, ove si afferma che l'adozione di un atto suprassessorio o interlocutorio che comporti un illegittimo arresto procedimentale costituisce violazione del dovere di procedere tanto nei casi in cui non venga dato avvio al procedimento, quanto in quelli in cui lo stesso non venga concluso con l'emanazione del provvedimento finale. In tali ipotesi, l'interessato ha a disposizione una duplice modalità di tutela, essendo legittimato a proporre, indifferentemente, l'azione di annullamento o l'azione avverso il silenzio.

[57] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 133; Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 136.

ISSN 2036-7821

Ed, infatti, la dottrina che considerava il potere sostitutivo quale manifestazione della funzione di controllo sosteneva che gli organi nominati del sostituto agiscono come organi dell'amministrazione sostituita in virtù del fatto che le funzioni e poteri esercitate dallo stesso *sono del tutto assimilabili a quelle degli organi ordinari* dell'amministrazione sostituita[58] . In quest'ottica si è affermato che il potere di sostituzione indiretta si esaurisce con la nomina o l'insediamento del commissario *ad acta* il quale entra a far parte dell'organizzazione della p.a. sostituita, cosicché i suoi atti sono alla stessa direttamente imputati. In altri termini il rapporto che si instaura tra commissario *ad acta* e p.a. sostituita è di natura inter organica[59]: il commissario assume la qualifica di organo straordinario della p.a. sostituita, così come il commissario nominato per sostituirsi in tutte le funzioni in caso di impossibilità o mal funzionamento dell'ente.

Tale impostazione è stata posta in discussione in ragione della diversa natura della sostituzione totale rispetto a quella parziale. La prima, avendo ad oggetto la sostituzione nell'esercizio di una competenza generale in difetto di funzionamento dell'ente, implica una sostituzione di organi ed incide sull'organizzazione dell'ente sostituito, sicché il commissario eventualmente nominato dell'ente sostituto agisce come organo straordinario del sostituito. La sostituzione parziale, invece, implicando il solo esercizio del potere di adozione di singoli atti, non determina alcun mutamento nella struttura organizzativa del sostituito, di guisa che anche l'organo nominato dalla p.a. titolare del potere di sostituzione *assume la veste di organo della p.a. sostituta* [60].

---

[58] Cfr. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, cit., 626; A. PIZZI, *Osservazioni intorno al c.d. controllo sostitutivo,* in *Foro amm*., 1963, 952 ss. In senso parzialmente diverso è stato anche sostenuto che il commissario agisce quale "mero strumento di imputazione di determinate attività all'amministrazione rimasta inerte, sicché lo steso agisce come organo straordinario esclusivamente su un piano oggettivo non in ordine ai profili meramente soggettivi, non ravvisando nella specie alcun rapporto di immedesimazione organica, poiché lo stesso costituisce un centro di competenza, seppure transitoriamente, esterna all'ente sostituito cfr. G. ORSONI, *Il commissario ad acta*, Padova, 2001.

[59] In tal senso in dottrina R. DICKMANN, *Competenza e regime giuridico dei provvedimenti adottati nell'esercizio dei poterei sostitutivi e di ordinanza del governo*, in *Foro amm*., CdS, 2008, 2549 ss.; V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia*, in *Riv. giur. edil*., 2006, 207, secondo la quale l'esercizio di poteri sostitutivi mira a tutelare l'unitarietà e la continuità della funzione amministrativa e non ha nulla di sanzionatorio o repressivo, per questo appare più conforme a tale logica la ricostruzione del commissario nell'ambito del rapporto organico. In giurisprudenza cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 19 dicembre 2013, n. 5872; Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2520; Id., sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5647; Id., sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3536; Id., sez. IV, 8 giugno 2000, n. 3280; Id., sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7172; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2019, n. 1788.

[60] Cfr. Cons. Stato, sez. V., 29 gennaio 2003, n. 439, in *Foro amm*., CdS., 2003, n. 2605 con nota di M.A. VISCA, *Ancora una pronuncia in tema di commissario ad acta*, in *Foro amm*., CdS., 2003, 2605; Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332, Id., sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1441 e 17 aprile 2018, n. 2283 In dottrina cfr. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 176 ss. "gli atti compiuti dal commissario (e la relativa responsabilità) vengono imputati all'ente sostituto, anche se i loro effetti sono destinati a prodursi nella sfera giuridica dell'ente sostituito". "(l)'esercizio del potere sostitutivo attraverso il commissario appare (…) del tutto assimilabile all'esercizio del potere stesso direttamente ad opera di organi ordinari dell'ente sostituto: si tratta semplicemente

ISSN 2036-7821

Tuttavia tale opzione ermeneutica, seppure condivisibile nei risultati, non ha indagato a fondo le ragioni che ne sono alla base. Ed infatti la circostanza che il potere sostitutivo si risolva nell'esercizio (e non nella titolarità) di una funzione attribuita ad un altro ente non ha, a parere di chi scrive, portata dirimente per risolvere la questione dell'imputazione dell'atto. Invero, come ci insegna la dottrina civilistica, il compimento di un atto giuridico da parte di un altro soggetto può avvenire o in nome proprio o in nome altrui, cosicché l'atto adottato dal sostituto nel primo caso è da imputare al sostituto, nel secondo, invece, direttamente al sostituito.
La chiave per risolvere la problematica va allora individuata partendo dalla qualificazione del potere di sostituzione. In quest'ottica, se come si è cercato di dimostrare il potere sostitutivo nel compimento di singoli atti è espressione di *un potere diverso* da quello attributo alla p.a. originariamente competente, allora non può porsi in dubbio che gli atti compiuti dal sostituto siano imputabili allo stesso sia che siano compiuti direttamente attraverso un proprio organo, sia che siano posti in essere attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, il quale instaura, quindi, *una relazione funzionale con il soggetto che lo ha nominato che mantiene su di esso un potere di vigilanza.* In questa prospettiva il rapporto che si instaura tra sostituto e commissario *ad acta* ha carattere carattere interorganico, mentre quello tra quest'ultimo e la p.a. sostituita assume carattere intersoggettivo[61].
La su esposta "sistematizzazione" dell'istituto impatta notevolmente sulla legittimazione passiva e attiva nei giudizi di impugnazione dell'atto sostitutivo.
Infatti, una volta riconosciuta l'imputazione dell'atto adottato in via sostitutiva all'amministrazione sostituta ne deriva che il ricorso per l'annullamento di tale atto debba essere notificato (art. 41 c.p.a.) a quest'ultima e ciò sia nei casi di sostituzione

---

di una diversa modalità tecnica di codesto esercizio, che non sembra possa alterare l'ordine delle imputazioni e delle responsabilità" Per una critica alla distinzione tra sostituzione totale e sostituzione parziale cfr. A. PIZZI, *op. cit*., 951, la quale sottolinea l'impossibilità di distinguere nettamente tra sostituzione di attività e sostituzioni di organi ritenendo piuttosto che si tratta di un'identica situazione – l'irregolare comportamento degli enti locali- che la legge disciplina con modalità e intensità diverse, ma con gli stessi effetti giudici". In termini G. AVANZINI, *op. cit*., 82: "il fatto che la deroga alla normale distribuzione delle competenze possa avere diversa intensità e avere ad oggetto un singolo atto o l'intero organo non alterna se non in termini quantitativi i problemi che esso genera". In senso critico rispetto alla distinzione tra surroga a competenze generali e specifiche cfr. anche V. PARISI, *op. cit*., 208.

[61] Un discorso a parte meritano i commissari straordinari o commissari unici che operano in più regioni nominati per l'adozione non di un singolo atto, ma di una attività complessa comprensiva di più atti spesso facenti capo ad amministrazioni diverse. Tali commissari assumono una posizione di autonomia sia rispetto alla p.a. sostituta sia alla p.a. che li nomina ciò si deduce sia dal fatto che il commissario fa capo ad una struttura parallela a quella che lo ha nominata, anche se rimane assoggettati ai poteri di vigilanza da parte dell'amministrazione che li nomina, la quale fissa gli obiettivi e controlla il raggiungimento degli stessi: si pensi al commissario per l'attuazione degli interventi idrici e al commissario unico nazionale per la depurazione e i commissari per la bonifica di interessi nazionali, ai Commissari unici per gli interventi di collettamento fognature e depurazione dell'acque e per la bonifica delle discariche di siti d'interesse nazionale. Sulla natura del commissario unici cfr. M. NARDINI, *L'esercizio del potere sostitutivo statale in materia ambientale*: *i commissari unici*, in *www.federalismi*, 2021.

ISSN 2036-7821

diretta che indiretta[62]. Va peraltro osservato che, a fronte dei perduranti contrasti giurisprudenziali e della conseguente possibilità di configurare un errore scusabile del ricorrente nell'individuazione della p.a. cui notificare il ricorso, l'effettività della tutela giurisdizionale dovrebbe in ogni caso assicurata attraverso la rimessione in termini al fine di procedere ad una nuova notifica alla p.a. sostituta ed evitare la decadenza della proposizione dell'azione.

Inoltre, se l'atto adottato è imputato al sostituto, ne deriva anche la legittimazione attiva del sostituito all'impugnazione.

E' noto che la legittimazione della p.a. ad impugnare atti di altre amministrazioni in caso di lesione di una attribuzione o competenza[63] è un fenomeno riconosciuto sin dai tempi dello Stato unitario, che si è poi accentuata con l'affermarsi di uno Stato policentrista e autonomista e la conseguente frammentazione delle competenze tra enti anche dotati di autonomia costituzionalmente garantita.

In tali fattispecie si è ritenuto che la p.a. ricorrente assuma la veste di amministrato[64]. In questa prospettiva si è sempre riconosciuto alla p.a. sostituita la legittimazione ad impugnare tanto l'atto di nomina del *commissario ad acta* quanto l'atto adottato dal sostituto per l'assenza di inerzia amministrativa[65]. Ed infatti la mancata adozione del provvedimento costitisce il presupposto per esercizio del potete sostitutivo, sicché l'atto adottato in sua assenza può dirsi annullabile perché emanato in carenza di potere in concreto[66].

---

[62] In tal senso Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 2015, n. 2857: "ai fini di stabilire a chi spetta la legittimazione passiva a nulla rileva che successivamente all'emanazione dell'atto impugnato la relativa competenza sia stata trasferita ad altro organo o ente, non assumendo quest'ultima la posizione di contraddittori necessari nelle controversie concernenti la legittimità degli atti posti in essere dagli organi in precedenza concorrenti. In senso diverso cfr. Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2019, n. 1788, secondo cui gli atti del commissario *ad acta*, nominato dalla Regione in sostituzione degli organi comunali competenti in via ordinaria, è titolare di un'autonoma legittimazione processuale rispetto all'amministrazione comunale sostituita in quanto organo non riconducibile ad alcuna delle due amministrazioni (controllante e sostituita) né identificabile con esse. Se ne deduce che il provvedimento adottato dal commissario ad acta è direttamente riferibile allo stesso commissario. Questi non è organo del Comune, ma costituisce l'autorità emanante, cosicché a lui il ricorso introduttivo deve essere notificato, pena l'inammissibilità a norma dell'art. 41, comma 1, c.p.a.

[63] Già SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, I, 83 e 123.

[64] Cfr. M. DELSIGNORE, *L'Amministrazione ricorrente*, Milano, 2020.

[65] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 aprile 2000, n. 1982; Id., sez. V, 6 ottobre 1999, n.1332.

[66] Sulla riconduzione dell'atto emanato in carenza di un presupposto per il suo esercizio nell'ambito dell'annullabilità piuttosto che in quello della nullità per difetto assoluto di attribuzione cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, Torino, 2017, 422; M. CLARICH, *Manuale di diritto*, cit.,141- In tal senso è orientata giurisprudenza prevalente ex *multis* Cons. Stato, sez. IV, 17 novembre 2015, n. 5228; Id., sez. V. 30 agosto 2013, n. 4323, Id., sez. IV, 16 agosto 2014, n. 4281. In senso diverso cfr. M. CAVALLARO - M. IMMORDINO, *La nullità del provvedimento tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies l. 241/1990*, in *www.giustizia-amministrativa*, 2007, ove si afferma che il provvedimento adottato in assenza di un presupposto debba essere considerato nullo per mancanza di un elemento essenziale, poiché se le norme individuano dei presupposti quali condizioni fondamentali per l'attribuzione del potere, la loro presenza ne condiziona in concreto l'esistenza per cui la loro mancanza può ben può farsi confluire nel difetto di un elemento essenziale del provvedimento.

ISSN 2036-7821

Inoltre va posto in evidenza che la p.a. cui è attribuita la cura di un determinato interesse pubblico è titolare di una posizione differenziata e qualificata a fronte dell'esercizio del potere da parte di altra Amministrazione[67] e come tale legittimata ad impugnare i provvedimenti illegittimi lesivi degli interessi affidati alla sua cura. In questa prospettiva va anche riconosciuta la legittimazione dell'ente sostituito ad impugnare gli atti adottati dell'ente sostituto.

L'orientamento contrario, fondato sull'imputazione dell'atto adottato in via sostitutiva direttamente al sostituito, non tiene conto che gli effetti dell'atto ricadono sulla p.a. sostituita non solo in termini di oneri finanziari, ma sono destinati a permanere e condizionare il successivo svolgimento delle funzioni ordinarie dell'ente (si pensi alla localizzazione di un'opera pubblica o l'adozione di un piano regolatore), che si troverebbe così a subirne gli effetti ma sarebbe privato della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.).

Una forma di compensazione della mancanza di legittimazione ad agire dell'Amministrazione sostituita non è peraltro ravvisabile nella possibilità di rimuovere il provvedimento attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. Ora, a parte la dubbia configurabilità di un potere di annullamento d'ufficio in capo al sostituito di un provvedimento dalla stessa non adottato (v. *infra*), va osservato che l'annullamento d'ufficio presuppone, oltre all'illegittimità dell'atto, anche la sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla sua rimozione, la valutazione (comparativa) tra tutti gli interessi in gioco e la considerazione dell'affidamento[68] dei soggetti privati ingenerato dal provvedimento amministrativo. Risulta pertanto evidente che la natura discrezionale del potere di annullamento d'ufficio non può in alcun modo sopperire alla negazione in capo alla

[67] Per una riflessione sulla legittimazione da parte di un ente territoriale ad impugnare atti emanati da un altro ente nell'ambito di concezione della giustizia amministrativa finalizzata alla tutela di pretesa sostanziale avente la consistenza di interesse legittimo (artt. 24, 103, 113 Cost.) cfr. M. RENNA - S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 700, il quale osserva "nelle ipotesi di adozione di atti con valenza 'paralizzante' o 'limitante' di un proprio potere amministrativo, l'ente territoriale" è titolare di un interesse legittimo il cui bene della vita abbia a oggetto la pretesa sostanziale a conservare la pienezza delle possibilità giuridiche inerenti al potere amministrativo leso; in altri termini, una pretesa a salvaguardare la massima capacità espressiva di un determinato potere amministrativo, il cui svolgimento potenziale è in concreto ostacolato dagli effetti dispiegati da un atto amministrativo esercizio di un altrui potere".

[68] Sulla tutela dell'affidamento *ex plurimis* F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 3 ss.; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino,2005; E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 173 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2011, 159 ss.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016.

ISSN 2036-7821

stessa della legittimazione ad impugnare il provvedimento adottato avanti al giudice amministrativo, il quale, se accerta l'illegittimità del provvedimento, salvo le ipotesi previsti dall'art. 21 *octies* l. n. 241/90 o dall'art 34 c. 3 c.p.a., non può che annullarlo.

8. L'inesauribilità del potere della p.a. sostituita

Occorre a questo punto esaminare il problema della consumazione del potere della p.a. sostituita sia in relazione alla possibilità di adottare l'atto omesso dopo il verificarsi dell'inerzia, sia in ordine al riconoscimento di un potere di riesame del provvedimento adottato dalla p.a. sostituta.

Anche tale questione è strettamente connessa a quella della natura giuridica del potere di sostituzione.

La dottrina che inquadrava la sostituzione nell'alveo dei controlli sugli organi con finalità repressiva sosteneva la consumazione del potere della p.a. competente di adozione dell'atto omesso[69] quale sanzione per l'inadempimento dell'obbligo di provvedere.

Ma anche la dottrina[70] che configurava la sostituzione amministrativa quale controllo di legittimità sugli atti nella forma omissiva affermava che la sostituzione si accompagnasse alla privazione della legittimazione a compiere l'atto in capo all'ente/organo originariamente competente. Il presupposto implicito di tale ricostruzione è che la funzione di controllo si innesti su una funzione esercitata (o non esercitata), ossia su una fattispecie esaurita.

La prospettiva cambia radicalmente allorché si ravvisa nel potere di sostituzione una funzione di amministrazione attiva. L'attribuzione di un potere di analoga natura rispetto a quello del sostituito rende necessario riflettere sul rapporto di concorrenza o alternatività intercorrente tra i due poteri.

Così un diffuso orientamento afferma *l'alternatività* dei poteri, ritenendo che la previsione di un potere sostitutivo e la nomina di un commissario *ad acta* determinino un spostamento di competenza al sostituente[71] . Si è così sostenuto che la

[69] Cfr. A. PIZZI, *op. cit.*, 952, la quale osserva la sostituzione "si pone come sanzione nei confronti dello stesso organo o ente, in quanto gli inibisce, giuridicamente di porre in essere quell'attività che egli avrebbe dovuto svolgere e, invece, ha omesso". Forti invece inquadrava la sola sostituzione indiretta nell'ambito dei controlli sugli organi riteneva che solo in caso di nomina del commissario che opera come organo straordinario della p.a. sia impedito alla p.a. sostituita di adottare l'atto nel lasso di tempo che va dalla nomina del commissario a quella in cui quest'ultimo esaurisce il suo mandato.

[70] Cfr. E. CASETTA, *Manuale diritto amministrativo,* cit., 150, la sostituzione attiene all'attività di controllo sugli atti i quali possono continuare a svolgere attività, fatta eccezione per quella relativa all'adozione dell'atto che essi avevano l'obbligo di emanare, la vicenda della nomina del commissario si accompagna alla perdita della legittimazione in capo all'organo dell'ente originariamente competente il quale sopporta tra l'altro le relative spese.

[71] La giurisprudenza che attribuisce al *commissario ad acta* la natura di organo straordinario della p.a. nega la permanenza del potere della p.a. dato che non ritiene che stesso potere possa essere attribuito a due organi della stessa amministrazione cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 1993, n. 774, in *Cons. Stato,* 1993, I, 927; Id., sez. IV, 26

ISSN 2036-7821

competenza deve essere attribuita necessariamente ad unico soggetto sia per ragioni di certezza del diritto[72], sia al fine di evitare duplicazioni di provvedimenti e di procedimenti a garanzia del buon andamento e dell'efficienza dell'azione amministrativa[73], sia, infine, per impedire che la p.a. si sottragga alla sostituzione attraverso atti meramente elusivi.

Di contro altro filone dottrinale e giurisprudenziale sostiene la permanenza del potere alla p.a. competente e la conseguente *concorrenza dei poteri* facendo leva sul principio dell'inesauribilità del potere amministrativo[74] e sull'esigenza che sia l'organo o la p.a. *in primis* competente ad agire in via amministrativa[75].

---

gennaio 1998, n. 71; Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332 cfr. G. BERTI – L. TUMIATI, *op. cit.*, 845, il quale con riferimento alla sostituzione commissariale nell'adozione di un singolo atto colloca il commissario accanto agli organi normali, che sono conservati, ma ritiene che l'attività di quest'ultimi sia sospesa in concomitanza con lo svolgimento della competenza commissariale.

[72] In tal senso M. L. INVERSINI, *Il potere della p.a. surrogata di provvedere dopo la nomina del commissario ad acta,* in *Riv. giur. edil.*, 2006, secondo cui la titolarità di un potere non può essere attribuita contestualmente ad organi diversi e distinti dell'Amministrazione qualunque sia la relazione che li unisce (interorganica o intersoggettiva), ma deve essere individuata dalla legge in modo univoco e aprioristico

[73] Cfr. G. ORSONI, *Il commissario ad acta*, cit., 74: "Il provvisorio esautoramento del potere del sostituendo, pur alternando la concezione democratica dell'ordinamento, riflette un'idea efficientista del perseguimento dell'interesse pubblico, anche laddove il potere sostitutivo postulasse la perdita per quanto temporanea del potere del sostituito a causa della sua imperatività.

[74] Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 326: "l'inesauribilità del potere si spiega facilmente con il fatto che il potere amministrativo è tenuta a curare in modo costante l'interesse pubblico. Se il potere è uno strumento di tutela di questo interesse è naturale che di questo strumento l'autorità debba disporne in ogni tempo".

[75] Questa tesi si collega al *favor* per l'intervento dell'organo originariamente competente cfr. D. CARUSO INGHILLERI, *op. cit.*, 141 ss.; M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 304: "il *favor* deve manifestarsi nel senso che l'intervento della figura originariamente competente non deve essere mai escluso, nemmeno nel caso in cui sia tardivo". Sul punto cfr. anche V. PARISIO, *Il silenzio amministrativo nell'attività edilizia,* cit., 207, secondo la quale la permanenza del potere in capo al soggetto sostituito si giustifica perché il potere sostitutivo mira a garantire all'interessato che un provvedimento conclusivo vi sia con la minore alterazione possibile delle competenze. In giurisprudenza per la tesi che configura l'istituto dell'esercizio dei poteri sostitutivi come un fenomeno di esercizio concorrente di potere Tar Lazio, sez. II, 26 giugno 2002, n. 5883; Tar Campania, Salerno, 11 giugno 1992, n. 209, in *Trib. amm. reg.*, 1992, I, 3563; Tar Lazio, sez. I, 27 settembre 1991, n. 1632, in *Nuova Rass.*, 1992, 1017; Tar Lazio, sez. I, 20 settembre 1991, n. 1591, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, 3366; Tar Lazio, sez. I, 8 novembre 1990, n. 1050, in *Foro amm.*,1991, 1218. La tesi della permanenza del potere è stata da ultimo ribadita anche in caso alla nomina del commissario *ad acta* di nomina giudiziaria cfr. Cons. Stato, ad plen., 25 maggio 2021, n. 8 con argomentazione che attengono però alla diversa natura del potere esercitato dal commissario *ad acta* di nomina giudiziale il quale come ausiliare del giudice è tenuto a garantire l'esecuzione della sentenza e non la cura in concreto dell'interesse pubblico che resta quindi attribuito alla p.a. titolare del potere. L'Adunanza Plenaria ritiene infatti che l'Amministrazione, soccombente in sede giurisdizionale, non perde il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell'ottemperanza al giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto. Fino a tale momento, si verifica, secondo la Corte, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece. Sulla permanenza del potere di provvedere dopo la nomina del commissario *ad acta* da parte del giudice amministrativo cfr. G. BALLO, *Gli effetti della nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio: permane o si consuma il potere di provvedere dell'Amministrazione silente*, in *wwwgiustamm.it*, 12/2020.

ISSN 2036-7821

Ebbene quest'ultimo orientamento è in linea con la qualificazione del potere sostitutivo qui accolta.

Se, infatti, si configura il potere sostitutivo come una sorta di potere di secondo grado avente funzione rimediale di fronte all'inerzia, ossia come un potere *diverso* da quello della p.a. sostituita[76], è allora da ritenersi che quest'ultimo, salvo i casi in cui siano previsti termine perentori[77] per il suo esercizio, non possa dirsi consumato finché permane l'inerzia cui può porre fine o la stessa p.a. inadempiente o quella cui è attribuito il potere di sostituzione. In quest'ottica l'inerzia o la nomina di commissario da parte dell'ente sostituto non determinano il trasferimento del potere a tale ente, quanto piuttosto l'attribuzione di un *nuovo potere concorrente e succedaneo* rispetto con quello della p.a. inerte.

Inoltre può osservarsi che nei procedimenti ad istanza di parte è orientamento costante in giurisprudenza che la scadenza del termine per provvedere, salvo i casi in cui sia previsto un termine perentorio, non preclude all'interessato di rivolgersi direttamente al giudice amministrativo per ottenere una sentenza di condanna a provvedere nei confronti della p.a. competente (art. 31 c.p.a.)[78]. Può quindi affermarsi

[76] Cfr. G. SIRIANNI, *op. cit.*, il quale configurava il potere di sostituzione come un potere omogeneo rispetto a quello della p.a. competente, ma proprio della p.a sostituente.

[77] Secondo un orientamento costante in giurisprudenza il termine per l'esercizio di potere è solitamente ordinatorio e può assumere carattere perentorio soltanto dove sia espressamente previsto dalla legge cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3173; Tar Campania, Napoli, sez, IV, 3 febbraio 2015, n. 506. Secondo alcune pronunce la perentorietà può essere desumibile dal contesto normativo di riferimento indipendentemente da una specifica qualificazione in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 1982, Id., sez. VI, 13 novembre 1973, n. 506, ove si afferma che la perentorietà può discendere dalla "logica del sistema"; per una critica a tale impostazione cfr. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 74. Sulla distinzione tra termini perentori e ordinatori cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere. Profili critici*, Napoli, 2018, 307, il quale ritiene che la suddetta distinzione non possa essere adottata nel diritto amministrativo in quanto attiene a termini di carattere processuale e non sostanziali quali quelli che attengono all'esercizio del potere amministrativo. In questi termini l'infruttuosa scadenza di un termine (sia esso il termine per la conclusione del procedimento o il termine previsto per l'adozione dell'atto) produce effetti estintivi della situazione giuridica soggettiva, cosi come i termini sostanziali del privato, e pertanto preclude alla la p.a. di adottare un atto valido. Tuttavia l'A distingue i termini riguardanti l'esercizio del potere e quelli di conclusioni del procedimento: i primi che riguardano esclusivamente i procedimenti d'ufficio determinano una preclusione assoluta all'esercizio del potere; i secondi determinano, invece, una preclusione relativa nel senso che impediscono l'adozione di un atto valido in senso al procedimento ma consentono di avviare un nuovo procedimento che può terminare con l'adozione di un atto valido.

[78] Sul carattere ordinatorio del termine di conclusione del procedimento ex *multis* Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 1996, n. 621; Id., sez. V, 13 febbraio 1997, n. 153; Id., sez. II, 16 ottobre 1996, n. 1154; Cons. giust. amm. reg. sic., 14 febbraio 2001, n. 77; Tar Lazio, sez. II, 3 aprile 1996, n. 636; Id., sez. II, 24 gennaio 1994, n. 65; Tar Marche, 10 ottobre 1997, n. 1016; Tar Toscana, sez. II, 15 maggio 1998, n. 394; Tar Calabria, Catanzaro, 10 novembre 1999, n. 1380; Tar Emilia-Romagna, sez. II, 29 maggio 1999, n. 274; Tar Toscana, sez. II, 23 febbraio 1996, n. 70. Dal carattere ordinatorio del termine di conclusione del procedimento ne consegue che, superato il termine conclusivo, l'amministrazione non perde il potere e può sempre adottare un atto tardivo, che non è valutato in termini di illegittimità bensì di responsabilità. Questa concezione riflette quella del silenzio-inadempimento, considerato come fatto giuridico che non denota una volontà di rifiuto, bensì la semplice violazione del dovere di provvedere v. Cons. Stato, ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1. Cfr. altresì F.G. - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 431 ss., dove si sostiene che il silenzio "è idoneo ad operare solo sul piano

ISSN 2036-7821

che l'attivazione del potere sostitutivo non rappresenti, in assenza di una apposita previsione di legge, una condizione di procedibilità o di ammissibilità della domanda[79], tale da determinare un sensibile allungamento dei tempi di accesso alla giustizia in contrasto con principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.). Il potere sostitutivo si profila così come ulteriore strumento per garantire al cittadino una sollecita definizione del procedimento[80].

La questione allora non è tanto, a mio avviso, quella di riconoscere la concorrenza dei poteri da un punto di vista strutturale, quanto quella di assicurare un coordinamento tra provvedimenti e procedimenti in una prospettiva funzionale.

Sotto il primo profilo il criterio per risolvere il conflitto tra provvedimenti è facilmente rinvenibile in quello della priorità temporale. In tale prospettiva il provvedimento della p.a. sostituta adottato dopo quello della p.a. competente, può dirsi annullabile per carenza di potere in concreto, dato che il presupposto del potere sostitutivo è l'inerzia che viene meno con l'adozione dell'atto. Il provvedimento

processuale (alla stregua di qualsiasi presupposto processuale): non rileva sul piano sostanziale, sul quale risulta conforme ai principi che resti integro il potere dell'Amministrazione di provvedere, sia pure tardivamente, sulla domanda del privato; ciò corrispondendo non solo all'interesse pubblico, ma anche all'interesse del privato, al quale risulta utile non solo il provvedimento (tardivo) favorevole (per ovvie ragioni), ma anche il provvedimento (tardivo) sfavorevole, se non altro perché rende noti i motivi del rigetto della domanda". Va tuttavia dato atto di una più recente tendenza del giudice amministrativa a riconoscere la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento volto all'emanazione di provvedimenti sfavorevoli di fronte ai quali il privato è titolare di interesse legittimo oppositivo cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584.

[79] Una norma di tal genere era ad esempio contenuta nell'art. 21 d.lgs. n. 380/2001, ove in relazione al rilascio del permesso di costruzione si prevedeva che decorso del termine per la conclusione del procedimento, l'interessato per ottenere il provvedimento doveva inoltrare la richiesta di intervento sostitutivo al competente organo regionale, il quale nei successivi quindici giorni nominava un commissario *ad acta*, che entro i successivi sessanta giorni emanava il provvedimento e solo dopo che sia trascorso quest'ultimo termine senza l'emanazione del provvedimento si intendeva formato il silenzio rifiuto azionabile davanti al giudice amministrativo. Un termine perentorio era anche previsto per il rilascio dell'autorizzazione unica ambientale dall'art. 29 *quinquies*, comma 10, del d.lgs. n. 152/2006 prima della riforma ad opera del d.lgs. n. 468/014

[80] In tal senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2021, n. 3904, ove in relazione ad una domanda di condono edilizio presentatati ai sensi dell'art. 32 del d.l. n. 269/2003 conv. dalla l. n. 326/2003 e disciplinata dalla all'art. 7 della l.r. Campania 18 novembre 2004, n. 10, che prevede il potere sostitutivo della Provincia, trascorsi 24 mesi dalla proposizione dell'istanza, i giudici amministrativi hanno ritenuto che trascorso tale termine l'interessato possa richiedere sia l'intervento sostitutivo della provincia, sia di agire ex artt. 31 e 117 c.p.a. Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 3 dicembre 2020, n. 12961, ove con riferimento al potere sostituivo regionale di adottare provvedimenti necessari per esecuzione dell'ordine di demolizione previsto dall'art. 31, comma 8, d.lgs. n. 380/2001 si afferma espressamente che l'attivazione del suddetto potere non è condizione né di ammissibilità della domanda, né di procedibilità. L'eventuale adozione del provvedimento omesso da parte dell'ente sostituto nel corso del giudizio avverso il silenzio rifiuto determina la cessazione della materia del contendere. Nel caso di perdurante inerzia sia da parte dell'ente competente che dell'ente sostituendo deve, inoltre, ritenersi rimessa al privato la scelta di quale amministrazione convenire in giudizio. In relazione alla sostituzione interna prevista dall'art. 2, comma 9 *ter*, l. n. 241/1990 cfr. L. MARZANO, *Poteri sostitutivi in caso di inerzia della Pubblica Amministrazione*, in *Libro dell'anno del diritto on line* 2016, la quale esprime tuttavia perplessità circa l'assenza di termini sospensivi o dilatori per l'azione giurisdizionale dopo l'attivazione del potere sostitutivo

ISSN 2036-7821

adottato dal sostituito dopo quello della p.a. sostituta è, invece, annullabile, perché l'adozione dello stesso fa venir meno il potere di provvedere[81].

Il vero nodo da sciogliere riguarda, invece, la duplicazione dei procedimenti e il dispendio di mezzi e risorse che si verifica a causa della possibile contemporanea pendenza di due procedimento aventi lo stesso oggetto. Inoltre non può sottacerci che la sostituzione nel corso di un procedimento già avviato potrebbe compromettere la tutela dell'affidamento eventualmente maturato dal privato. E, infatti, non solo le risultanze istruttorie condizionano la decisione finale[82] ma molto spesso il momento decisorio è preceduto da decisioni limitate o parziali le quali orientano la decisione finale[83].

Sulla base di queste considerazioni è opinione di chi scrive che il coordinamento tra p.a. debba essere assicurato in un'ottica di leale collaborazione[84] attraverso la previsione di un obbligo generalizzato di informazione circa l'apertura di un procedimento sostitutivo, così come affermato dalla Corte Cost. per il potere sostitutivo esercitato nei confronti di enti dotati di autonomia costituzionalmente

---

[81] Con riferimento al recupero dell'esercizio delle competenze da parti Regione a fronte di un intervento sostitutivo statale si è evidenziato però che la Corte Cost. sotto la vigenza del vecchio titolo V sosteneva la natura provvisoria dei provvedimenti sostitutivi statali cedevoli di fronte a un successivo intervento regionale cfr. Corte Cost. n. 31/1983. In dottrina cfr. G.M. SALERNO, *I poteri sostitutivi del Governo nella legge n. 131 del 2003*, in B. Caravita (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004, 331 ss., il quale sostiene il recupero di competenze da parte dell'ente sostituito, ma con l'adozione di un atto che abbia efficacia solo *pro futuro.* Una soluzione originale è poi quella proposta da C. MAINARDIS, *op. cit.*, 126, il quale propone di distinguere tra inerzia imputabile e non imputabile: nel primo caso l'esercizio del potere sostitutivo statale determinerebbe secondo l'A. l'impossibilità da parte dell'ente territoriale di ritornare sulla fattispecie concreta, diversamente nei casi di forza maggiore dovrebbe prevalere un atteggiamento di favore per l'autonomia tale consentirne un intervento in seconda battuta. Tale tesi tuttavia non solo è priva di ancoraggio normativo, ma finisce per far assumere al potere sostitutivo una connotazione sanzionatoria che come si è più volte evidenziato risulta estranea all'istituto.

[82] L'art. 3 l. n. 241/1990 prevede che il provvedimento deve essere motivato in relazione alle risultanze dell'istruttoria. L'art. 6, inoltre, stabilisce che se l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale non può discostarsi dalle risultanze istruttorie se non indicandone la motivazione del provvedimento finale.

[83] Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione della scelta amministrativa. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997. Con l'approvazione della legge generale sul procedimento l. n. 241/1990 si è osservato il provvedimento finale tende a perdere una propria significativa consistenza perché preceduto da altre decisioni limitate o parziali emersi in sede istruttoria le quali orientano il procedimento selezionando il materiale di ponderazione al punto che la decisione finale non può che essere il risultato di tutto ciò una sorta di "riepilogo" privo di effettivo contenuto innovativo cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento*, Napoli, 1999, 29. L'espressione "riepilogo" riferita alla decisione finale si deve a W. SCHMITT GLASER, *Il Procedimento amministrativo e la sua legge: un'osservazione introduttiva*, in A. Masucci (cura di) *La codificazione del procedimento nella Repubblica federale di Germania*, Napoli, 1979, 425. L'espressione è ripresa anche da M. Nigro, *Il procedimento amministrativo, tra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione* (a proposito di un recente disegno di legge), in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5 ss.

[84] Sul principio di leale collaborazione quale espressione dinamica relazionale del principio del buon andamento cfr. M. SPASIANO, *Il principio di buon amministrativo cit.* 123 ss. Più in generale sul principio di leale collaborazione tra p.a. cfr. P. MARZANO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni*, in www.federalismi.it., 2017.

ISSN 2036-7821

garantita, in modo da stimolare il sostituendo ad adempiere pur dopo il verificarsi dell'inerzia, e qualora non ciò non avvenga (o la p.a. competente si trovi nell'impossibilità di adempiere), occorre consentire alla p.a. sostituente il subentro nel procedimento eventualmente già avviato dal sostituendo sì da recuperare la documentazione acquisita e i risultati delle istruttorie già espletate. In termini analoghi il dovere di cooperazione dovrebbe imporre alla p.a. sostituente di consentire il subentro della p.a. competente che tardivamente intendesse esercitare il potere nel procedimento già avviato.[85].

Il dovere di leale collaborazione, esplicazione del generale principio di buon andamento e di non aggravamento dell'azione amministrativa, si profila così come lo strumento attraverso cui evitare la duplicazione di competenze e di procedimenti.

9. Il potere di riesame dell'atto adotto dal sostituto

Occorre, infine, riflettere sull'individuazione dell'autorità cui compete il potere di riesame[86].

Le difficoltà sorgono in virtù del carattere "temporaneo" del potere sostitutivo subordinato al permanere dell'inerzia, sicché, una volta che la stessa sia venuta meno, il potere di sostituzione può dirsi esaurito, di guisa che l'ente sostituto non potrebbe esercitare alcun potere di riesame sull'atto adottato[87].

In questa prospettiva può affermarsi che l'adozione dell'atto da parte del sostituto determini la riespansione del potere di amministrare della p.a. sostituita titolare della funzione e il conseguente potere di riesame dell'atto. Tale impostazione si fonda sulla considerazione che il potere di amministrazione attiva e potere di riesame siano

---

[85] Sul punto cfr. M. BOMBARDELLI. *op. cit.*, il quale ipotizza che l'intervento tardivo possa essere ammesso *in senso collaborativo* dopo che il sostituente abbia cominciato ad operare "perché la sostituzione non deve perseguire tanto la finalità di sanzionare chi rimane inerte, quanto piuttosto di ripristinare lo svolgimento dell'attività interrotta rispetto al quale l'intervento tardivo del soggetto originariamente competente può dimostrare la sua utilità".

[86] La questione non si pone se si accoglie l'orientamento atto a configurare gli organi del sostituto come organi straordinari del sostituito cfr. Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 26 aprile 2013, n. 385, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "Il fatto che il commissario *ad acta* abbia agito in via sostitutiva dell'Ente non fa comunque venire meno il potere che in via ordinaria spetta all'Ente stesso e di conseguenza non viene meno neppure il potere di autotutela nei confronti dell'eventuale atto adottato dal Commissario *ad acta*, e ciò perché, tale ultimo atto è comunque imputabile all'amministrazione rimasta inerte". Cfr. *ex multis* Tar Puglia, Bari, sez. I, 9 marzo 2010, n. 848.

[87] Cfr. Tar Campania, Salerno, sez. II, 16 febbraio 2015, n 381, ove si afferma che il potere di annullamento d'ufficio degli atti adottati dal commissario *ad acta* non è esercitabile né dalla p.a. titolare del potere sostitutivo, dato che tale potere è subordinato all'inerzia della p.a. competente, né dal commissario *ad acta* dalla stessa nominato sia in considerazione del carattere "chiuso" del suo mandato (…) sia perché, una volta esaurito il suo compito ed in virtù della sua estraneità alla cura istituzionale degli interessi pubblici sarebbe difficilmente ipotizzabile, anche da un punto di vista pratico, il suo intervento in autotutela nei confronti di atto già rilasciato. In tal senso in dottrina cfr. G. ORSONI, *op. cit.*, 91, che sostiene che con il venir meno dell'inerzia il sostituto abbia consumato integralmente il potere di provvedere, per cui non sarebbe legittimato ad esercitare poteri di autotutela rispetto ad atti ormai fuoriusciti della relativa sfera di competenza.

ISSN 2036-7821

espressione dello stesso potere di provvedere quale corollario del principio di inesauribilità del potere amministrativo[88]. In altri termini il principio dell'inesauribilità del potere postula che ogni potere sopravviva al suo esercizio e consenta pertanto sempre l'adozione di nuovi provvedimenti in relazione alla fattispecie oggetto di precedenti atti ogniqualvolta si manifesta l'esigenza di provvedere, sicché è la stessa norma attributiva del potere a dare fondamento al potere di riesame dell'atto.

Questa opzione ermeneutica tuttavia presenta profili di criticità laddove si pone in discussione il principio di inesauribilità del potere amministrativo[89] e si afferma che i poteri di riesame e i potere di amministrazione attiva siano poteri diversi per presupposti, limiti, struttura, tale da richiedere uno autonomo e specifico fondamento normativo[90].

---

[88] Com'è noto tale inquadramento dogmatico deriva dal superamento della teoria che considerava il potere di riesame quale espressione del potere di autotutela cfr. F. BENVENUTI, *Autotutela* (*dir. amm.*), cit., 537 ss., il quale definisce il potere di autotutela amministrativa come la capacità riconosciuta all'amministrazione di risolvere i conflitti attuali o potenziali nascenti dai propri atti e i destinatari del provvedimento nel cui ambito vanno ricondotti sia l'annullamento d'ufficio che la revoca con la sola differenza insita nell'incidere l'uno sui vizi di legittimità con effetti *ex tunc*, l'altra sui vizi di merito con effetti *ex nunc.* Concepisce il potere di esercizio del potere come "riesercizio" dello stesso potere di provvedere, invece, G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo* Milano, 1969, 206 e ss.:"L'atto di riesame costituisce esplicazione dello stesso potere esplicato con l'atto di primo grado in quanto l'interesse pubblico concreto richiesto per gli atti di conferma, convalida, annullamento e revoca non è altro che "la causa del potere di cui l'autorità è istituzionalmente investita", ossia il medesimo interesse cui l'autorità è preposta; "e se identico è l'interesse nei due momenti, identico sarà il potere amministrativo esplicato, che nell'interesse da perseguire s individua". Per un inquadramento dei provvedimenti di riesame nell'ambito dell'attività di amministrazione attiva cfr. anche A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 101, il quale considera tali provvedimenti quali strumenti di rinnovata gestione dell'interesse a cui è preordinata l'attività dell'amministrazione da modellarsi in relazione alle esigenze dell'attualità; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado,* in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2019, 303, la quale ritiene che i poteri di secondo grado quale strumento finalizzato a garantire l'adeguatezza costante della scelta amministrativa con l'interesse pubblico in concreto perseguito esplicazione del principio dell'efficacia dell'azione amministrativa quale espressione del dovere costituzionale del buon andamento nell'accezione di adeguatezza e cioè di corrispondenza dell'assetto già realizzato con il provvedimento alla costante e perenne soddisfazione dell'interesse pubblico per la cui cura il potere è stato attribuito e in precedenza esercitato.

[89] Cfr. M. TRIMARCHI, *op. cit*., 229, il quale sostiene che il principio di inesauribilità del potere costituisce un dogma, ossia un dato *a priori* postulante quale connotato intrinseco del potere. L'A. perviene alla sua decostruzione sia per il tramite di una regola sostanziale basata sulla valorizzazione della valorizzazione formale della motivazione, sia dell'idea che l'atto assorbe il potere rappresentando l'attuazione in concreto dell'ordinamento e non può essere concepito come manifestazione della volontà infinitamente riproducibile di esercitare una competenza giuridica. L'atto, in altre parole, assorbe il potere, il quale viene ad esaurirsi attraverso il suo esercizio.

[90] M. TRIMARCHI, *op. cit*., 184 ss. pone in evidenza le differenze tra potere di primo grado e secondo grado: "in primo luogo, gli atti di ritiro producono effetti giuridici consistenti nella rimozione del provvedimento di primo grado o dei suoi effetti, che non trovano corrispondenza nei poteri amministrativi ordinari; in secondo luogo, la decisione di secondo grado è soggetta a presupposti specifici, sconosciuti alla disciplina dei poteri di primo grado: l'invalidità o l'inopportunità di un provvedimento precedente". L'A. osserva, inoltre, che la decisione di secondo grado è a iniziativa officiosa, come dimostra l'assenza dell'obbligo di provvedere, ma può ben ricadere su provvedimenti rilasciati ad istanza di parte; inoltre la decisione di secondo grado, se non altro perché l'amministrazione deve bilanciare l'interesse alla rimozione dell'atto con la posizione dei controinterssati, è quasi

ISSN 2036-7821

Com'è noto il problema di dare un fondamento giuridico ai poteri di riesame ha trovato soluzione con la riforma della l. n. 241/1990, ad opera della l. n. 15/2005 , che ha codificato alcuni poteri di riesame: l'annullamento d'ufficio, la convalida, la revoca dettandone la relativa disciplina[91].

Ai fini che qui interessano l'art. 21 *quinquies* con riferimento alla revoca e l'art. 21 *nonies* in relazione all'annullamento d'ufficio prevedono che il potere di riesame sia attribuito allo stesso organo della p.a. o ad un altro organo ma in presenza di un'apposita previsione di legge.

Sulla base di tale disposizione sembrerebbe che l'amministrazione sostituita non possa esercitare il potere di riesame dell'atto adottato dall'amministrazione sostituta[92].

Si tratta, tuttavia, di un'interpretazione che, ad avviso di chi scrive, può essere solo in parte accolta. Infatti, è pur vero che la l. n. 15/2005 ha introdotto una disciplina espressa dei poteri di riesame, codificando limiti, presupposti e conseguenze[93], ma

---

sempre espressione di potere discrezionale, mentre la decisione di primo grado su cui ricada può essere espressione di potere discrezionale o vincolato". L'A. afferma pertanto che il principio di legalità vieta di rivedere le proprie decisioni se non dove e nei limiti in cui ciò sia espressamente autorizzata.

[91] Cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo-Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento* (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo), Torino, 2020, 489, il quale ritiene che con la novella del 2005 si ha avuto un vero e proprio cambio di paradigma in materia di riesame, da allora, infatti, secondo l'A. l'annullamento e la revoca sarebbero poteri indubbiamente diversi e distinti dai poteri di primo grado.

[92] In tal senso già prima della l. 241/1990 cfr. F.P. VOLPE, *Sostituzione intersoggettiva ed autotutela del sostituito*, in *Tribunali Amministrativi Regionali*, 1989, n. 11, 36, 6 ss., il quale ritiene che il potere di annullamento di ufficio compete soltanto all'autorità emanante o all'autorità ad essa sovra ordinata, ma in nessun caso all'autorità sostituita, che, per i medesimi motivi e coerentemente, conserva l'interesse processuale all'impugnativa dell'atto. Secondo l'A. a siffatto orientamento non sembra osti neppure la prospettata nozione di "stessa autorità emanante", in termini di attuale identità oggettiva della funzione, piuttosto che in termini di materiale identità del soggetto agente, poiché la ricostruzione estensiva della fattispecie è fondata sull'argomentazione che la potestà di autotutela è implicita al potere di provvedere non è applicabile alle ipotesi sostitutive, giacché l'astratta identità oggettiva della funzione non sembra applicabile, con riferimento a moduli organizzativi, di già strutturati, intrinsecamente, secondo uno schema di alternatività della competenza. L'A osserva: "nella fattispecie della sostituzione intersoggettiva, la configurabilità di una perfetta assimilazione della funzione sembra trovare ostacolo nello stesso carattere surrogatorio dell'azione del sostituto, che, pur con identità di oggetto, muove da un diverso presupposto ed è preordinata, in via principale, pur se non esclusiva, alla cura di un diverso interesse. L'esercizio dei poteri sostitutivi, trova, in tal senso, peculiare ed esclusivo fondamento nell'omissione dell'atto dovuto ed è preordinato, prima che al soddisfacimento dell'interesse speciale, inerente all'oggetto del provvedimento, alla cura dell'interesse, inerente all'azione, al corretto e tempestivo esercizio della funzione, formalmente leso dal comportamento osservato dall'organo competente in via ordinaria".

[93] L'art. 21 *quinquies*, come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. *ter*, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, a garanzia dell'affidamento del destinatario del provvedimento limita peraltro notevolmente il potere di revoca: il potere di revoca per rivalutazione dell'interesse pubblico originario non può essere disposta in relazione ai provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici; la revoca per mutamento della situazione di fatto può essere pronunciata solo ove tale mutamento fosse imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento. Sulla modifica dell'art. 21 *quinquies* cfr. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013, secondo il quale però l'omesso esame di un fatto prevedibile, sebbene escluda la

ISSN 2036-7821

anche, dopo l'entrata in vigore della suddetta legge, non può negarsi che gli stessi siano espressione di una funzione di amministrazione attiva che compete al titolare del potere di provvedere.

Ed infatti proprio la configurazione legislativa dell'annullamento e la revoca sono come strumenti di cura dell'interesse pubblico concreto conferma che tali istituti siano espressione di una funzione di amministrazione attiva[94]. In questi termini il potere di riesame può essere considerato come "uno strumento di rinnovata gestione dell'interesse cui è preordinata l'attività dell'amministrazione in relazione all'esigenza dell'attualità"[95].

---

revoca, tuttavia non rileverebbe in termini di illegittimità del primo provvedimento, giustificandone l'annullamento d'ufficio. L'art. 21 *nonies* come modificato dall'art. 6 della l. 2015 n. 124, ha inoltre introdotto il termine di diciotto mesi, poi ridotto a 12 mesi dal d.l. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. 2021 n. 108, per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di provvedimenti attributivi di vantaggi economici. Il comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies* prevede però la possibilità di superare tale termine in caso di false rappresentazioni di fatti o dichiarazione di fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal d.p.r. 2000 n. 445 cfr. A. GUALDANI, *Il tempo dell'autotutela*, in *federalismi.it*, 2017 e M. RAMAJOILI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 107, che, peraltro, sottolinea la natura decadenziale dello stesso; nello stesso senso M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto* 2015, n. 124, in *federalismi.it*, 2015. In giurisprudenza sulla natura perentoria del termine per l'esercizio del potere di annullamento d'uffico cfr. Tar Salerno, sez. I, 17 luglio 2017, n. 1209 e Tar Roma, sez. II-*bis*, 7 marzo 2017, n. 3215: «l'art. 21 *nonies* ha introdotto un preciso e ben individuato termine definibile "perentorio" per l'esercizio del potere di autotutela, ossia un termine "massimo" per il legittimo esercizio del potere in questione, pari a 18 mesi, cui non può necessariamente non riconnettersi l'annullamento in sede giurisdizionale per l'ipotesi del mancato rispetto di esso». Sulla questione del superamento del termine a fronte di condotta dolosa o colposa del destinatario del provvedimento si rinvia a S. BOCCHINI, *L'affidamento "colposo e l'annullamento d'ufficio*. *Il caso degli aiuti di Stato illegittimi*, in G. Corso, F. G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde, Scritti in onore di Maria Immordino, I, Napoli, 2022, 293 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

[94] Sull'unitarietà del potere esercitato con il primo e il secondo atto anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 15/2005 cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005*, in *Nuove autonomie*, 2005, 303; Id., *Il riesame del provvedimento dopo la legge n. 124/2015*, in *Nuove autonomie*, 2015, 335. Sul punto più di recente cfr. M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, Torino, 2021, 78, il quale ritiene che le differenze di disciplina ed effetti tra procedimento di primo grado e di secondo grado non possa portare a negare che l'amministrazione in sede di autotutela spontanea persegue principalmente (o quantomeno anche) l'interesse affidatole dalla norma attributiva del potere di primo grado. L'A., pur ritendendo il potere di autotutela abbia causa "mista" , perché in parte persegue l'interesse perseguito con il potere di primo grado, in parte svolge una finalità giustiziale, trae dall'identità parziale di causa con il potere di primo grado il fondamento del potere di autotutela, il quale perciò ben potrebbe essere esercitato anche in assenza di un'esplicita previsione di legge, in quanto autorizzato dalla norma attributiva del potere, oltre che da una complessiva lettura del nostro ordinamento.

[95] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332, ove pur ritenendosi che i poteri di riesame non possano essere esercitati dell'ente sostituito in quanto l'atto adottato in via sostitutiva è espressione di un potere esercitato da un centro di competenza autonoma, tuttavia, introduce un temperamento in relazione a circostanze sopravvenute o non valuta e/o non valutabili in sede di rilascio dell'atto. In termini cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 465.

ISSN 2036-7821

Riprendendo le considerazioni espresse da autorevole dottrina[96] può affermarsi che "con l'emanazione dell'atto si sia esaurito il potere, ma non la funzione che, invece, permane oltre il suo esercizio". Il potere di riesame non è allora da intendersi come espressione del potere di amministrazione attiva[97], ma dell'immanenza e dell'inesauribilità della funzione di amministrazione attiva derivante dalla necessità di garantire la continua rispondenza dell'attività amministrativa al pubblico interesse[98].

In altri termini è da ritenere che la l. n. 241/1990 abbia dettato una disciplina per il legittimo esercizio del potere di riesame, ma non una norma attributiva dello stesso.[99].

Seguendo questa logica il riferimento allo "stesso organo" va allora inteso in senso lato, ossia come organo appartenente alla p.a. titolare del potere di provvedere anche se diversa da quella che ha adottato l'atto.

Del resto i giudici amministrativi hanno sempre ritenuto che il principio dell'identità tra organo che esercita potere di riesame e organo che ha adottato l'atto incontri una deroga nei casi in cui la titolarità della funzione è radicata in capo ad altro organo; come avviene nel caso violazione delle regole di competenza o nell'ipotesi di trasferimento delle competenze ad altro organo[100].

---

[96] Così A. CONITERI, *Il riesame*, cit., 82; in termini B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 785: "Carattere del potere amministrativo è la sua permanenza, al di là del singolo esercizio. Il potere amministrativo, dunque, appartiene al genere dei poteri che non si esauriscono con il loro esercizio, e in ciò si distingue da molti poteri privati, come quello di recesso e quello di riscatto. A ben vedere, non si tratta di un carattere strutturale del potere amministrativo, ma di una conseguenza del suo inserimento in una funzione, la quale permane al di là del singolo episodio di amministrazione. La norma che disciplina la funzione, in altre parole, ricollega il sorgere del potere al verificarsi di determinati presupposti (come l'istanza di parte, o anche il semplice accertamento della necessità di provvedere in merito al relativo interesse), determinando il continuo succedersi, in capo all'amministrazione di poteri di uguale contenuto. L'esercizio del potere determina – se si vuole – il suo esaurimento, ma la permanenza della funzione, produce la titolarità, in capo all'amministrazione, di nuovi poteri e poiché lo svolgimento della funzione può richiedere di intervenire nuovamente nello stesso rapporto giuridico, l'Amministrazione può revocare il provvedimento già emanato, così come può emanare un nuovo provvedimento in seguito all'annullamento di quello precedente".

[97] Il potere è uno degli strumenti di cui la funzione si avvale per assolvere ai suoi doveri verso la comunità sul concetto di funzione cfr. G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1968.

[98] Cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento*, cit., 11: "il riesame da parte dell'amministrazione si spiega pienamente "alla luce del principio di continuità dell'esercizio del potere pubblico e dello stesso concetto di funzione intesa in senso dinamico, che impone necessariamente al titolare del *munus* pubblico, attraverso il presente di guardare al futuro non al passato".

[99] Con riferimento al potere di revoca cfr. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, 104 ss., cit., secondo cui l'art. 21 *quinquies* non costituisce il fondamento giuridico del potere di revoca, ma soltanto la disposizione che ne disciplina l'esercizio indicando nei presupposti, i limiti e le conseguenze. Il fondamento del potere sarebbe piuttosto da ravvisare in una lettura combinata dell'art. 21-*quinquies* stesso con la norma attributiva del potere di primo grado.

[100] Nel caso di atto adottato da un'autorità incompetente, l'atto di autotutela, quale espressione della stessa funzione di cui è emanazione il provvedimento che ne costituisce l'oggetto, non può essere adottato che dall'organo titolare della funzione e non già da quello che, sia pur in difetto di competenza, ha effettivamente

ISSN 2036-7821

A ragionare diversamente verrebbe compromesso il principio di continuità dell'azione amministrativa, espressione del principio del buon andamento, non essendo individuabile una p.a. titolare del potere di riesame, dato che quest'ultimo, come visto, non può essere attribuito alla p.a. sostituta che con l'emanazione dell'atto ha esaurito la sua funzione[101].

Vi è però un altro aspetto da considerare: la p.a. sostituta è il soggetto che risponde delle conseguenze dannose dell'atto illegittimo, in quanto l'atto sostitutivo, come osservato, è a quest'ultima che va imputato, sicché è alla stessa quale "arbitro" del danno cagionato che dovrebbe essere attribuito il potere di rimuovere l'atto illegittimo[102]. Come giustamente osservato in dottrina[103] con il riconoscimento del principio della risarcibilità dell'interesse legittimo la valutazione dell'interesse pubblico concreto alla rimozione dell'atto illegittimo, da bilanciare con altri interessi, risulta oggi fortemente influenzato dalla necessità di valutare le conseguenze economiche negative derivanti dalla sua mancata eliminazione. In questo senso alla luce della norma dell'art. 30, comma 3, secondo inciso c.p.a, si è anche parlato di "doverosità" del potere di riesame, intesa come "obbligo di apertura del procedimento sia d'ufficio che su istanza di parte, quale strumento di tutela di natura

---

emanato l'atto da rimuovere, anche se si può ipotizzare che l'organo incompetente, accortosi del vizio, possa provvedere ad annullare il proprio atto e rimettere la pratica al soggetto competente, cfr. Cons. Stato., sez. V, 20 febbraio 2006, n. 701, in *Foro amm.*- C.d.S., 2006, 1837; Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2000, n. 6354, in *Foro amm.*, 2000, 11. Nell'ipotesi di trasferimento di potere in forza del principio "*tempus regit actum*", l'organo, al quale vengano attribuite competenze in precedenza svolte da altro organo, ben può compiere gli atti di autotutela necessari per la rimozione di atti illegittimi e contrari agli interessi dell'ente stesso, sebbene emanati anteriormente all'acquisizione delle nuove competenze Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 408, in *Foro amm.*, C.d.S., 2002, 110.

[101] Cfr. Tar Campania, Salerno, sez. II, 16 febbraio 2015, n. 381, in *Riv. giur. edil.*, 2015, I, 75, ove con riferimento ad un permesso di costruire rilasciato dalla Provincia a fronte dell'inerzia comunale riconosce il potere di autotutela del Comune in virtù del principio della continuità dell'azione amministrativa espressione del più generale di buon andamento costituzionalmente riconosciuto del quale uno strumento operativo è rappresentato dal potere di autotutela.

[102] Così M. IMMORDINO, *Verso la doversoità dell'annullamento d'ufficio su domanda di parte?, Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a.,* in A. Contieri (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, 41. Sul dovere della p.a. di rispondere ad un'istanza di riesame a fronte di un'istanza del privato a verificare la legittimità compiendo una valutazione prognostica della rimozione dell'atto illegittimo sulla quantificazione da parte del giudice amministrativo del danno risarcibile cfr. S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso*? in *federalismi.it*, 2016. Sul tema della doverosità del potere di annullamento d'ufficio cfr. anche M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in *federalismi.it*, 2018, n. 8<, A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso*? nota a Tar Trentino Alto Adige, Trento,16 dicembre 2009, n.305, in *Foro amm.*, T.a.r.., 2010, 810.

In giurisprudenza alcune aperture sull'obbligo di rispondere ad un'istanza di riesame si sono riscontrate solo nei casi in cui non sia scaduto il termine per provvedere Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6056, in *Dir. e giust.*, 2006, 41, 87, ove si ritiene sussistente l'obbligo di pronunciare sull'istanza di riesame, posto che la stessa appare esente dall'intento di eludere la decadenza dall'impugnazione del diniego, in quanto proposta in pendenza del termine per proporre ricorso.

[103] Cfr. C. DEODATO, *Annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1196.

ISSN 2036-7821

sostanziale la cui attivazione è sintomatica dell'ordinaria diligenza delle parti di un rapporto amministrativo ai fini della quantificazione del danno derivante dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo"[104].

Può quindi affermarsi che la funzione del potere di annullamento d'ufficio assume oggi anche una valenza "giustiziale" quale strumento per rimediare ad una precedente violazione di legge[105]. In quest'ottica torna alla mente con riferimento all'annullamento d'ufficio la nota costruzione benvenutiana[106] del potere di autotutela come potere per risolvere conflitti attuali o potenziali senza l'ausilio del giudice.

Sulla base di siffatte considerazione l'idea di chi scrive è che sia necessario procedere ad una distinzione funzionale tra poteri di annullamento d'ufficio e di convalida, da una parte, e potere di revoca, dall'altra, ai fini della corretta allocazione del potere di riesame nelle relazioni intersoggettive caratterizzate dall'esercizio di un potere sostitutivo.

In quest'ottica il potere di annullamento d'ufficio quale strumento per rimediare ad una precedente violazione di legge deve essere attribuito alla p.a. che ha adottato l'atto illegittimo fino a quando non sia trascorso il termine per l'esercizio dell'azione risarcitorio ed è quindi solo con riferimento a tale segmento temporale che la portata letterale della disposizione dell'art. 21 *nonies* che prevede che sia l'organo che ha emanato l'atto ad avere il potere di annullamento ufficio può trovare applicazione. Trascorso questo termine, svolgendo il potere di annullamento d''ufficio, così come la revoca, una funzione prettamente di gestione dell'interesse pubblico concreto

---

[104] Cfr. M. IMMORDINO, *op. ult.*, cit., 71, la quale deduce la doverosità dell'attivazione di strumenti di autotutela anche d'ufficio dall'inciso dell'art. 30, comma 3, c.p.a. secondo cui il giudice nel valutare il danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio del potere deve tener conto del comportamento complessivo di *entrambe le parti* del rapporto amministrativo e dal richiamo operato dall'art. 30 c.p.a. agli *strumenti di tutela previsti dall'ordinamento* quale mezzo idoneo ad evitare e ridurre il danno. Sulla necessità di valutare anche il comportamento dell'Amministrazione in sede risarcitoria cfr. F. G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 981. Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, ove si include tra gli strumenti attivabili dal privato per evitare o ridurre il danno ingiusto, oltre a quelli di natura processuale, quale l'impugnazione tempestiva del provvedimento attraverso l'azione di annullamento, anche quelli di natura sostanziale quali l'assunzione di mezzi atti a stimolare l'autotutela.

[105] Sulla funzione riparatoria più che ripristinatoria del potere di annullamento d'ufficio S. TUCCILLO, *op. cit.*, 175, secondo la quale il legislatore nel richiamare "l'autotutela" nella rubrica dell'art. 6 della l. n. 124/2005 ha voluto conservare per l'annullamento d'ufficio un'incidenza specifica nella gestione dei conflitti che possono scaturire tra una manifestazione di potere viziata e i valori dell'ordinamento nel suo insieme. L'A. evidenzia, inoltre, che nella previsione di una responsabilità specifica per il mancato esercizio del potere di riesame si apprezza maggiormente la doverosità del potere di riesame ad esito "conservativo" che consente, al contempo, di ripristinare la legalità violata, conservare inalterato l'assetto di interessi e evitare la condotta contra legge fonte di responsabilità. Sulla differenza tra annullamento d'ufficio e revoca: il primo inteso quale forma di autotutela e quindi di un privilegio dell'amministrazione, la seconda considerata espressione dello stesso potere di provvedere cfr. B. G. MATTARELLA, *Autotutela e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2007, 1223.

[106] Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, cit.

ISSN 2036-7821

"attualizzato", tale potere va invece riconosciuto alla p.a. sostituita titolare della funzione.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Piattaforma di Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico: il raccordo dei flussi informativi per i servizi sanitari digitali alla luce delle nuove linee guida

di Giuseppina Lofaro

(Assegnista di ricerca *post-doc* di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria)

Sommario

1. Considerazioni introduttive sulla transizione digitale nella sanità pubblica italiana – 2. Modello di interazione tra Fascicolo Sanitario Elettronico e Piattaforma di Telemedicina – 3. Gestione dei dati nei percorsi di telemedicina – 4. Gestione degli eventi di telemedicina – 5. Servizi di consultazione di dati e documenti da parte di cittadini e di professionisti sanitari – 6. Processi di validazione in telemedicina – 7. Le nuove linee guida per la telemedicina: requisiti funzionali e livelli di servizio – 7.1 La scelta strategica di un'architettura a "micro-servizi" in un'ottica di flessibilità e collaborazione amministrativa – 8. Riflessioni conclusive in un'ottica di efficacia ed efficienza dei processi clinici assistenziali.

Abstract

In the digitization of public health, the strengthening of telemedicine is aimed at facilitating acute and chronic taking charge of the patient, supporting dehospitalization and quality of proximity care. Electronic Health Record and telemedicine platforms, mutually connected, contribute in the implementation of clinical processes, also of technological governance, data collection and provision of services to citizens and professionals, relying on cloud structures, realizing the interoperability of processes as well as services for treatment and prevention aims, also through personalized initiative and precision medicine. EHR is the only route of access to health services for the citizen, for the purposes of consulting documents, but also for booking and paying for services. The new Guidelines provide for the application of a "micro-service" architecture to the regional platforms, while ensuring flexibility, extensibility of telemedicine solutions, effectiveness and efficiency of clinical care processes through the network with the national digital platform. The certification obligation exists only if medical devices integrated into the platform are used.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Considerazioni introduttive sulla transizione digitale nella sanità pubblica italiana.

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)[1], attraverso la Missione 6 "Salute"[2], ha il dichiarato fine di rendere le strutture italiane più moderne, digitali ed inclusive, implementando equità di accesso ai servizi sanitari italiani per i cittadini[3].

La trasformazione digitale si atteggia come un obiettivo trasversale fondamentale ai fini dell'uniformazione di *standard* ed opportunità sul territorio nazionale[4].

La strategia della transizione digitale si basa su due pilastri architetturali e di processo, ossia il nuovo Fascicolo Sanitario Elettronico[5] e la piattaforma di telemedicina, nonché sulla riforma dell'Agenzia Nazionale per la Sanità Digitale (ASD).

Il presente lavoro di ricerca ha origine e sviluppo nell'ambito del Progetto *iCare*, (CUP J39J14001400007 – Azione 10.5.12), in cui Giuseppina Lofaro (giuseppina.lofaro@unirc.it) è risultata vincitrice dell'assegno di ricerca in Diritto Amministrativo (Settore scientifico disciplinare *IUS*-10) presso il Dipartimento DIIES (Dipartimento di Eccellenza 2023-2027) dell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, per l'espletamento del programma di ricerca dal titolo "*Modelli procedimentali e semplificazione gestionale dei flussi informativi per la piattaforma di telemedicina iCare*", finanziato nell'ambito del POR FESR FSE 2014/2020 della Regione Calabria con il concorso di risorse comunitarie del FESR ed FSE, dello Stato italiano e della Regione Calabria.

[1] Il testo del PNRR è consultabile in *www.governo.it*. Il PNRR è stato definitivamente approvato il 13 luglio 2021 con Decisione di esecuzione del Consiglio UE (doc. 10160/21), che ha recepito la proposta della Commissione europea, tenendo conto della Raccomandazione della stessa Commissione del 20 maggio 2020 sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che ha formulato un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 che, nell'evidenziare la decisività di un'amministrazione pubblica efficace per garantire che le misure adottate per affrontare l'emergenza e sostenere la ripresa economica non siano rallentate nella loro attuazione (considerando 24), ha riscontrato, tra le carenze, il basso livello di una digitalizzazione che risultava disomogenea già prima della crisi. Il Piano, alla p. 116, parte dal presupposto secondo cui «lo sforzo di digitalizzazione e innovazione è centrale in questa Missione, ma riguarda trasversalmente anche tutte le altre. La digitalizzazione è infatti una necessità trasversale, in quanto riguarda il continuo e necessario aggiornamento tecnologico nei processi produttivi; le infrastrutture nel loro complesso, da quelle energetiche a quelle dei trasporti, dove i sistemi di monitoraggio con sensori e piattaforme dati rappresentano un archetipo innovativo di gestione in qualità e sicurezza degli *asset* (Missioni 2 e 3); la scuola, nei programmi didattici, nelle competenze di docenti e studenti, nelle funzioni amministrative, della qualità degli edifici (Missione 4); la sanità, nelle infrastrutture ospedaliere, nei dispositivi medici, nelle competenze e nell'aggiornamento del personale, al fine di garantire il miglior livello di assistenza sanitaria a tutti i cittadini (Missioni 5 e 6)».

[2] G. RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti Supreme e Salute*, 2/2022, pp. 495-530.

[3] M. D'ARIENZO, *Percorsi organizzativi e strumenti di tutela del diritto all'istruzione e alla salute: spunti per l'elaborazione di un modello di cittadinanza aperto ed inclusivo in una prospettiva interdisciplinare e multilivello*, in *Amministrativ@mente*, Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, fasc. n. 1/2023, 1-30, in *www.amministrativamente.com*

[4] Sempre attuali le chiare note di G. PIPERATA, *Cittadini e imprese di fronte all'amministrazione digitale*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2016, 169 ss.

[5] Il Fascicolo sanitario elettronico è stato istituito ai sensi delle disposizioni dell'articolo 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni.

ISSN 2036-7821

Al fine di rendere diffuso ed uniforme sul territorio nazionale l'uso e l'alimentazione del Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE)[6] da parte del cittadino e degli operatori sanitari, il nuovo Sistema FSE nazionale dovrà essere completo nei contenuti nonché costituire l'unico punto di accesso ai servizi sanitari *on line*. I dati ed i documenti contenuti all'interno del FSE saranno prodotti secondo *standard* internazionali per permettere la realizzazione di meccanismi uniformi di trasmissione di dati e documenti all'FSE a livello nazionale, la possibilità di uno *standard* semantico, ossia di avere una comprensione univoca del significato del dato, nonché la *chance* di un confronto quantitativo sicuro dei risultati nell'uso delle codifiche.
Sotto l'aspetto architetturale, l'obiettivo di maggiore diffusività ed uniformità sul territorio nazionale nell'utilizzo e nell'alimentazione del FSE può raggiungersi attraverso il rafforzamento dei meccanismi di interoperabilità[7] della gestione documentale, realizzando un servizio di validazione del formato del dato e del documento strettamente collegato al processo di refertazione o, in linea più generale, ai processi clinici (c.d. *Gateway*)[8]. Tali elementi consentiranno la conversione di documenti in dato secondo formato *standard*, la raccolta del dato e l'erogazione di servizi - sia con finalità di cura che di prevenzione -, mediante l'Ecosistema Dati Sanitari (EDS)[9]. Il monitoraggio, in termini di quantità e verifica della qualità del dato generato dai sistemi produttori, è parte integrante delle funzionalità della piattaforma in quanto strumento di misurazione dell'utilizzo nonché della completezza dell'FSE, attraverso la guida della sua evoluzione ed efficacia in concreto secondo indicatori prestabiliti. A livello progettuale, i nuovi elementi da realizzare, ossia EDS e *Gateway*, estendono perciò le funzionalità dell'FSE mediante l'integrazione della sua architettura. A titolo esemplificativo, nonostante l'FSE, specificamente l'EDS, non realizzi di per sé servizi per finalità di programmazione e ricerca, si prevede che vi siano processi di pseudonimizzazione e servizi di integrazione ed invio verso piattaforme[10] preposte a finalità di tale natura.

---

[6] N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *Osservatorio di Diritto Sanitario*, n. 26, 17 novembre 2021, in *federalismi.it*, 188-229.

[7] M. FERRARA, *Dalla mobilità dei pazienti alla interoperabilità dei sistemi sanitari. Spunti sull'adozione di un formato europeo di scambio delle cartelle sanitarie elettroniche* (Raccomandazione (UE) 2019/243), 5, 2021, 1-28, in *www.federalismi.it*.

[8] Il *gateway* è il componente tecnologico che implementa le funzioni di cui all'articolo 12, comma 15-*quater*, lettere a), b) e c), del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni, al fine di alimentare in modo omogeneo a livello nazionale il Fascicolo sanitario elettronico (FSE) e l'Ecosistema Dati Sanitari (EDS).

[9] L'Ecosistema Dati Sanitari è stato istituito ai sensi del comma 15-*quater* dell'articolo 12, comma 15-*quater* del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni.

[10] AA. VV., *Tech law. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), collana *Ricerche giuridiche*, 2021, *Editoriale Scientifica*, Napoli, spec. 35-58, rispetto alle piattaforme digitali, alla luce del diritto comunitario.

ISSN 2036-7821

Un altro aspetto fondamentale nell'ambito della digitalizzazione della sanità è rappresentato dal potenziamento e dall'adeguamento dei percorsi di telemedicina al fine di facilitare la presa in carico, acuta e cronica, da parte delle infrastrutture territoriali, favorire la deospedalizzazione e potenziare la qualità delle cure di prossimità.

I percorsi di telemedicina sono strettamente connessi con le organizzazioni delle singole aziende e regioni. Ad ogni modo, essi necessitano di un governo e di un monitoraggio a livello nazionale in modo da assicurare l'applicazione uniforme dei *workflow* clinici e delle *best practice* identificate per specifici *asset* assistenziali, l'applicazione e la gestione di codifiche e dizionari terminologici secondo un parametro di omogeneità, la valutazione degli *outcomes* clinici e di processo per la verifica dell'efficacia della presa in carico mediante servizi di telemedicina, nonché la validazione dei dispositivi di monitoraggio da applicare nei moduli sanitari digitali.

Sotto il profilo architetturale, l'obiettivo *de quo* si sta perseguendo attraverso la realizzazione di una piattaforma abilitante nazionale (Piattaforma Nazionale di Telemedicina - PNT) che ha la funzione di governo e validazione delle soluzioni, di verifica, applicazione e manutenzione delle regole comuni di processo (c.d. *workflow* clinico) e delle codifiche e degli *standard* terminologici, di valutazione degli *outcomes* di utilizzo, sia per fini clinici che di rendicontazione. Sotto l'aspetto progettuale, la piattaforma abilitante di telemedicina è connessa con i verticali di telemedicina regionali interoperabili tra loro che, integrati nei processi delle aziende sanitarie e con medici di medicina generale e pediatri di libera scelta (MMG/PLS), realizzano i c.d. servizi minimi di telemedicina (televisita, teleconsulto, telemonitoraggio, teleassistenza) e costituiscono l'infrastruttura regionale di telemedicina. Quest'ultima è unica a livello regionale e a sua volta interoperabile con quelle delle altre regioni mediante l'integrazione con la piattaforma nazionale di telemedicina. L'infrastruttura regionale di telemedicina garantisce anche la possibilità di rimodulare ed applicare *workflow* efficaci nel contesto specifico di applicazione aziendale, previo processo di validazione e controllo degli *standard* e dei requisiti di integrazione da parte della piattaforma abilitante di telemedicina.

Nella riforma della sanità digitale assume un ruolo centrale la nascente Agenzia Nazionale per la Sanità Digitale (ASD)[11]. In fase di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, ad ogni modo entro il 31 dicembre 2026, l'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (AGENAS) esercita le funzioni di predisposizione ed aggiornamento delle linee guida[12] e monitoraggio della loro attuazione, promozione

[11] S. PILLON, *Agenas, la Telemedicina ora è parte integrante della progettazione del SSN: la prima "impresa"*, 3 marzo 2022, in *https://www.agendadigitale.eu/sanita/agenas-la-telemedicina-ora-e-parte-integrante-della-progettazione-del-ssn-la-prima-impresa/*

[12] A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, in *Corti Supreme e Salute*, Società Italiana di Diritto Sanitario, Rivista diretta da R. BALDUZZI, 1, 2021, 150-151 rileva a tal proposito che

ISSN 2036-7821

e realizzazione di servizi sanitari e socio-sanitari basati sui dati, di validazione delle soluzioni digitali, di gestione della piattaforma nazionale di telemedicina, avvalendosi del supporto della struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri competente per l'innovazione tecnologica[13] e la transizione digitale, mediante la stipula di un'apposita convenzione.

Le piattaforme FSE e di telemedicina sono mutuamente connesse e concorrono nella realizzazione di processi clinici, di governo anche tecnologico, di raccolta dati e messa a disposizione di servizi verso i cittadini e verso i professionisti, appoggiandosi su strutture *cloud*[14] e logiche a "microservizi". Tale impostazione tecnologica abilita il riuso di servizi e funzioni operative comuni alle due piattaforme ed un governo più efficace del processo di riutilizzo di nuove prestazioni che potranno aggiungersi a quelle essenziali indicate nelle linee guida di attuazione di recente approvate[15].

In aggiunta alla raccolta dei documenti e dei dati, la progettazione e realizzazione progressiva della gestione degli eventi, sulle due piattaforme, propedeutica a tale prospettiva, è altresì funzionale nel fornire, nel breve-medio periodo, servizi fondati sul dato sostanzialmente più evoluti rispetto a quelli basati sul documento. In tal senso deve esservi perciò un indirizzo a partire dalle prime fasi progettuali.

---

sussistono linee guida condivise da talune comunità scientifiche o professionali quali parametri da utilizzare allo fine di valutare *ex post* forme di responsabilità anche in campo processuale. La Corte di Cassazione, sez. III civ., con l'ordinanza n. 30998/2018 si è pronunciata in merito al rispetto delle linee guida da parte del medico ed alla loro rilevanza ai fini della valutazione della condotta medica. Per «linee guida», specifica la Cassazione, si intendono «le *leges artis* sufficientemente condivise almeno da una parte autorevole della comunità scientifica in un determinato tempo». Esse non sono di per sé dirimenti e insuperabili, rappresentando «un parametro di valutazione della condotta del medico».

La legge n. 24/2017 recante *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie* prevede all'art. 5 (Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida) che: «1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».

Pertanto, non si è in presenza di fonti del diritto, bensì piuttosto di elementi di valutazione largamente condivisi che, tuttavia, possono essere superati dalla specificità del caso concreto.

[13] Cfr. F. F. PAGANO, *Pubblica Amministrazione e innovazione tecnologica*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 3, 2021, 84 ss.

[14] M. FARINA, *Il cloud computing in ambito sanitario tra security e privacy*, Milano, 2019, 46 ss.

[15] La riforma in chiave digitale del Servizio Sanitario prevista dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza segna un'altra tappa con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale 2 novembre 2022, n. 256, del D.M. 21 settembre 2022 recante le nuove *Linee guida per i servizi di telemedicina - i requisiti funzionali e i livelli di servizio*, predisposte dall'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali qual soggetto attuatore del sub investimento 1.2.3 "*Telemedicina per un migliore supporto ai pazienti cronici*", all'interno della misura 1.2 "*Casa come primo luogo di cura e telemedicina*".

ISSN 2036-7821

La naturale evoluzione delle due piattaforme, dopo l'attuazione del PNRR, andrà nella direzione di divenire un'unica architettura tecnologica per garantire la massima inclusione degli attori del mercato e per favorire il governo e l'evoluzione della piattaforma tecnologica da parte dell'Agenzia della Sanità Digitale. Pertanto, si promuoveranno, laddove possibile, l'adozione, per lo sviluppo delle due piattaforme, di paradigmi *open source* nonché di soluzioni realizzative atte a ridurre la dipendenza tecnologica *lato sensu*. Si incentiverà inoltre il ricorso a soluzioni *software*[16] che consentano la personalizzazione[17] degli strumenti necessari a ASD - AGENAS per esercitare le funzioni di governo, monitoraggio e gestione delle piattaforme di telemedicina e di FSE.
La piattaforma FSE sarà abilitante per la raccolta dei dati e documenti e per l'erogazione di servizi "non specializzati", ossia non incardinati in *workflow* di presa in carico specifici verso cittadini e professionisti sanitari.
La piattaforma di telemedicina, invece, dovrà via via realizzare tutti i servizi, identificati e futuri, di presa in carico territoriale e domiciliare.

2. Modello di interazione tra Fascicolo Sanitario Elettronico e Piattaforma di Telemedicina
Il sistema FSE raccoglie, tramite il *gateway*, documenti, dati ed eventi prodotti dai soggetti erogatori, mantenendo la struttura federata degli Indici (c.d. *Registry*) per la gestione documentale nonché introducendo la gestione di dati ed eventi tramite l'EDS, che offre sia componenti di memorizzazione (c.d. *Data Repository*) che un *layer* di servizi per l'accesso al dato.
Le piattaforme regionali di telemedicina alimentano l'FSE al pari dei sistemi produttori ed utilizzano i servizi di consultazione. La Piattaforma Nazionale di Telemedicina (PNT) e l'EDS sono integrati per lo scambio dei dati di comune interesse.
Il Fascicolo Sanitario Elettronico[18] è sostanzialmente una piattaforma che eroga servizi verso il cittadino ed i professionisti sanitari, gestisce dati e documenti prodotti da soggetti erogatori pubblici e privati nonché il consenso informato[19] nel rispetto delle norme del GDPR (*General Data Protection Regulation*)[20].

---

[16] C. PASTURENZI, C. PADRIN, *Panoramica sulle terapie digitali: il "software" come principio attivo*, in *Rassegna di diritto farmaceutico e della salute*, 4/2021, pp. 817-827.

[17] Cfr. C. C. GIARDINA, *Il piano Triennale per l'informatica nella PA 2020-2022*, in *Azienditalia*, n. 12, 1 dicembre 2020, 1924 ss.

[18] N. POSTERARO, *Sanità digitale in Italia: il Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE) dopo le modifiche introdotte dal decreto Rilancio*, 2021, in *https://www.irpa.eu/sanita-digitale-in-italia-il-fascicolo-sanitario-elettronico-fse-dopo-le-modifiche-introdotte-dal-decreto-rilancio/*, sensibilmente, rileva che: «la disciplina del FSE costituisce un'applicazione emblematica del delicato contemperamento tra il principio della libera circolazione dei dati, funzionale alla tutela della salute pubblica e alle esigenze di efficienza amministrativa, e il diritto alla riservatezza, posto a presidio della dignità dell'individuo».

[19] Sull'inquadramento giuridico del consenso informato, si v. C. DI COSTANZO, *Consenso informato e impiego delle tecnologie. Implicazioni per il diritto pubblico e (auspicabile) ibridazione delle pratiche di cura*, in *MediaLaws*, 2/2022, pp.

ISSN 2036-7821

La gestione documentale è realizzata: dagli Indici (c.d. *Registry*) regionali che indicizzano i documenti memorizzati presso i sistemi informativi delle strutture sanitarie, dall'Infrastruttura Nazionale per l'Interoperabilità (INI)[21] e dall'Indice (c.*d. Registry*) nazionale FSE[22] che consentono l'accesso ai documenti da una regione diversa[23] rispetto a quella di produzione del dato ed abilitano le funzioni di trasferimento degli indici dei documenti che costituiscono il fascicolo.
La gestione dei dati e l'erogazione dei servizi viene realizzata dall'Ecosistema Dati Sanitari (EDS) che contiene dati atomici anche personali secondo lo *standard* internazionale HL7-FHIR (*Fast Healthcare Interoperability Resource*)[24] e realizza perciò servizi secondo processi di erogazione regolati dal medesimo *standard*. Il Ministero della salute è titolare del trattamento dei dati raccolti e generati dall'EDS, la cui gestione operativa è affidata all'Agenas.
Tramite l'EDS è possibile realizzare l'interoperabilità di processi, anche transfrontalieri, basati su *standard* sia a livello di dato che di processo. L'EDS realizza servizi per le finalità di cura e di prevenzione, anche personali[25] mediante la c.d. medicina di iniziativa e di precisione. Le Regioni possono, in opzione, predisporre

---

180-195; AA. VV., *Nodi virtuali, legami informali: internet alla ricerca di regole: a trent'anni dalla nascita di internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, atti del convegno di Pisa, 7-8 ottobre 2016, a cura di P. PASSAGLIA e D. POLETTI, *Pisa University Press*, 2017, 57-74.

[20] Il testo del *GDPR*, ossia il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 per la protezione dei dati personali è reperibile in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=IT*.

[21] L'Infrastruttura nazionale per l'interoperabilità fra i FSE, è stata istituita ai sensi del comma 15-*ter* dell'articolo 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni, realizzata dal Ministero dell'economia e delle finanze, della quale lo stesso assume la titolarità del trattamento dei dati.

[22] L'Indice nazionale dei documenti dei FSE, al fine di assicurare in interoperabilità le funzioni del FSE, parte di INI, è stato istituito ai sensi del comma 15-*ter*, punto 4-*ter*) dell'articolo 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni.

[23] R. MICCÙ, *Questioni attuali intorno alla digitalizzazione dei servizi sanitari nella prospettiva multilivello*, 2021, 1-15, in *www.federalismi.it*.

[24] FHIR (*Fast Healthcare Interoperability Resource*) è uno standard di interoperabilità sviluppato da HL7 (l'associazione che gestisce gli standard *Health Level* 7) e progettato per consentire lo scambio di dati sanitari in formato elettronico tra sistemi diversi del settore sanitario. HL7 produce dati sanitari e standard di modellazione da 20 anni; FHIR è la specifica più recente per la condivisione di dati e include l'esperienza e la conoscenza dei modelli logici e teorici esistenti. Di conseguenza, fornisce un'implementazione semplificata per lo scambio di dati fra applicazioni sanitarie senza sacrificarne l'integrità. FHIR utilizza le interfacce di programmazione delle applicazioni (API) per consentire a diverse applicazioni di "collegarsi" ad un sistema operativo di base, inserendo tutte le informazioni rilevanti nel flusso di lavoro del fornitore. FHIR supporta la condivisione di informazioni in diversi formati, tra cui documenti, messaggi, servizi e interfacce. È stato progettato per soddisfare la crescente complessità dei dati sanitari, le aspettative degli utenti e la necessità di un approccio moderno e basato su Internet per comunicare tra diversi componenti discreti. Cfr. R. SARIPALLE, C. RUNYAN, M. RUSSELL, *Using HL7 FHIR to achieve interoperability in patient health record*, in *Journal of biomedical informatics*, 2019, 94.

[25] Cfr. AA. VV., *Sanità digitale: servizi e tecnologie*, a cura di G. COSENTINO, Presidente Associazione Scientifica Sanità Digitale, con il contributo di S. PILLON, *Salute digitale, verso la medicina personalizzata*, 1-19, reperibile in *https://assd.it*.

ISSN 2036-7821

repository regionali per fini di prevenzione, con il medesimo *data model* FHIR dall'EDS ed essere alimentati da EDS mediante meccanismi di sincronizzazione. Il *Gateway* assicura che i documenti ed i "dati nativi digitali" prodotti dai dipartimentali delle strutture sanitarie, siano conformi agli *standard* ed ai dizionari terminologici nonché traduce i documenti dallo *standard* HL7 CDA2[26] allo *standard* FHIR, oltre ad assicurare che i metadati che compongono l'indice dei *Registry* regionali e nazionale siano conformi alle specifiche nazionali di interoperabilità.

La Piattaforma Nazionale di Telemedicina in *Cloud* è composta da due componenti, integrate ma nettamente distinte nel processo di esecuzione: l'Infrastruttura Regionale di Telemedicina[27] che, nelle sue istanze regionali, realizza almeno i servizi minimi della Piattaforma Nazionale di Telemedicina; la Piattaforma/Infrastruttura Nazionale di Telemedicina (PNT) che, gestita da Agenas, è costituita dai servizi abilitanti di cui all'avviso relativo al Partenariato Pubblico Privato (PPP) pubblicato sul sito di Agenas[28].

L'Infrastruttura Regionale di telemedicina (IRT) è un insieme di verticali che, tramite il *gateway*, alimentano l'EDS e l'FSE con dati, documenti ed eventi legati ai percorsi di telemedicina. Gli eventi caratterizzano i contesti di *asset* assistenziale in cui i dati ed i documenti sono prodotti e sono definiti tramite un *set* di dati. A titolo esemplificativo, possono rappresentare l'inizio e la fine di un percorso assistenziale che si protrae nel tempo ma anche un evento puntuale, come una visita o la segnalazione di un valore anomalo. Essi sono utili: sia per il professionista medico per poter realizzare servizi di accesso al dato più efficaci, in particolar modo per assistiti complessi o comunque con comorbilità; sia per l'assistito, consentendo l'organizzazione dei dati e documenti sul proprio FSE in modo più adatto alle specifiche esigenze.

Il verticale regionale di telemedicina realizza almeno i servizi di telemedicina "minimi", applicando *standard* per la produzione dei dati e documenti secondo le Linee Guida FSE[29], applica codifiche e *workflow* di processo, secondo quanto previsto

[26] Le linee guida tecniche di riferimento in ambito nazionale per lo sviluppo e l'implementazione dei documenti sanitari sono consultabili alla pagina *https://www.fascicolosanitario.gov.it/it/Standard-documentali*.

[27] Essa è indicata nell'allegato "*Indicazioni metodologiche per la perimetrazione delle proposte di PPP per la piattaforma nazionale di telemedicina*", in *https://www.agenas.gov.it/comunicazione/primo-piano/2061-agenas-pubblica-l%E2%80%99avviso-per-la-piattaforma-nazionale-di-telemedicina*

[28] Cfr. AVVISO PUBBLICO RELATIVO ALLA MANIFESTAZIONE DI INTERESSE PER LA PRESENTAZIONE DI PROPOSTE DI PARTNERSHIP PUBBLICO PRIVATO PER L'AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE PER LA "PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE DEI SERVIZI ABILITANTI DELLA PIATTAFORMA NAZIONALE DI TELEMEDICINA PNRR" - Missione 6 Componente 1 sub-investimento 1.2.3 "Telemedicina", 13 maggio 2022, il cui relativo documento è consultabile *on line* in *https://www.pnrr.salute.gov.it/portale/pnrrsalute/dettaglioBandiAttuatoriPNRRSalute.jsp?lingua=italiano&id=299*

[29] Linee Guida di attuazione del Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE), pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'11 luglio 2022, Serie Generale n. 160, 1-49, previste dal Decreto del Ministero della Salute del 20 maggio 2022, reperibili in *https://www.agid.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2022/07/19/fascicolo-sanitario-elettronico-20-pubblicate-lineeguida-lattuazione*

ISSN 2036-7821

dalla Linee Guida sulla Telemedicina[30], che sono verificate dall'Infrastruttura nazionale di telemedicina con cui è integrato. Inoltre si raccorda con i servizi centrali, di autenticazione, prenotazione e pagamento delle prestazioni.
L'infrastruttura nazionale di telemedicina è perciò uno strumento di programmazione e governo, anche clinico che assolve compiti di: amministrazione, pianificazione e monitoraggio dei servizi e dei processi di telemedicina anche funzionali alla diffusione attraverso la piattaforma nazionale per la *governance* e diffusione della telemedicina; monitoraggio e valutazioni sugli *outcome* di efficacia e di efficienza dei processi clinici assistenziali; monitoraggio e verifiche dell'applicazione delle regole di *workflow* e dell'utilizzo delle corrette terminologie; supporto al processo di validazione delle soluzioni di *ehealth* diffuse attraverso la piattaforma nazionale di telemedicina.
Per assolvere ai propri compiti, l'infrastruttura nazionale di telemedicina realizza un motore di *workflow*, recupera i dati necessari e gli eventi dall'EDS, restituendo a tale ecosistema informazioni aggiuntive relative ai processi di telemedicina. L'infrastruttura nazionale non interviene nel processo clinico di erogazione delle prestazioni di telemedicina ed i servizi di monitoraggio sono da essa disancorati. Ne consegue - come si vedrà *funditus* nel prosieguo del presente lavoro di ricerca -, che l'infrastruttura nazionale non assume le caratteristiche di dispositivo medico e non è soggetta a certificazione. La modalità di acquisizione degli eventi è asincrona[31].

3. Gestione dei dati nei percorsi di telemedicina

[30] Oltre alle linee guida approvate nel 2022 di cui al Decreto del Ministero della Salute, 21 settembre 2022, recante *Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio*, in G.U. 2 Novembre 2022, Serie generale - n. 256, si faccia riferimento al documento "*Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in Telemedicina*", 27 Ottobre 2020, reperibile anche in *http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato2602365.pdf*. Cfr. in particolare All. 1 contenente Accordo, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sul documento recante *"Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina"*. Nello specifico, «SI CONVIENE: 1. di approvare il documento recante "Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina", di cui all'allegato A, parte integrante del presente atto, quale riferimento unitario nazionale per l'implementazione dei servizi di telemedicina oggetto del documento stesso; 2. di adottare e mettere in atto le indicazioni, previste nel suddetto documento, nell'ambito dell'organizzazione dell'assistenza sanitaria di ciascuna Regione e Provincia Autonoma; 3. di adeguare i flussi informativi di erogazione/rendicontazione delle attività di specialistica ambulatoriale al fine di tenere traccia delle presta-zioni in telemedicina la cui tariffazione sarà equivalente alle analoghe prestazioni erogate in presenza; 4. all'attuazione della presente accordo si provvede nei limiti delle risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica». Cfr. L. LAMBERTI, *Considerazioni in tema di vincoli di bilancio e tutela del diritto alla salute*, in *Amministrativ@mente*, Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, fasc. n. 2/2022, 1-19, in *www.amministrativamente.com*

[31] Cfr. il documento "*Piattaforma di telemedicina e FSE*", predisposto dal Ministero della Salute, dal Dipartimento per la trasformazione digitale e da AGENAS che riassume i punti di contatto e di raccordo tra i due progetti e da cui sono tratte le specifiche tecniche ai fini della presente riflessione sistematica, 1-13, in *https://www.agenas.gov.it/comunicazione/primo-piano/2090-piattaforma-telemedicina-fse*

ISSN 2036-7821

L'EDS memorizza dati ed eventi provenienti dai verticali regionali di telemedicina. I dati prodotti in regime di telemonitoraggio continuo, generati dai dispositivi medici, possono essere ingenti e non tutti rilevanti al di fuori dell'evento di monitoraggio. Il verticale regionale di telemedicina memorizza tutti i dati di monitoraggio. Qualora uno dato di telemonitoraggio presenti un valore critico o di particolare rilievo, viene generato un evento di *alert*, gestito nell'ambito dei percorsi di telemedicina ed inviato ad EDS insieme ai dati correlati all'evento. Tale processo assicura l'alimentazione dell'EDS con i dati di rilievo, tralasciando la memorizzazione di tutto lo storico alla periferia[32].

I reperti (es. la diagnostica per immagini) rimangono memorizzati presso i sistemi di conservazione aziendale, vengono messi a disposizione meccanismi di recupero mediante *link* associati ai dati correlati sia dai verticali di telemedicina che dai servizi di EDS e sono per tale via a disposizione anche della Piattaforma Nazionale di Telemedicina.

A titolo esemplificativo, nell'ambito dell'alimentazione nelle due piattaforme di una televisita, il relativo referto prodotto viene sottoposto al *gateway* per una validazione sintattica e semantica, in seguito a cui viene memorizzato nel *repository* documentale e di seguito inviato al *gateway* per la conversione in FHIR - che ne permette la memorizzazione e gestione su EDS - e per l'indicizzazione sui *Registry*. L'EDS provvede infine a comunicare l'evento all'Infrastruttura Nazionale di Telemedicina.

Il processo di validazione effettuato dal *gateway* avverrà applicando controlli progressivamente stringenti, tenendo conto del grado di maturità ed adeguamento delle soluzioni di mercato.

L'Infrastruttura Nazionale di Telemedicina acquisirà da EDS i dati prodotti dall'Infrastruttura Regionale di Telemedicina, al fine di poter svolgere le funzioni di governo e monitoraggio. Per realizzare tale obiettivo sarà presente un *layer* per la gestione delle logiche operazionali sui dati e la creazione di cruscotti di analisi, un *layer* per la gestione degli eventi ed un *layer* di persistenza di dati pseudonimizzati e clusterizzati di tutte le Regioni e rispondenti alle funzionalità dei servizi abilitanti, ferma restando l'origine dei dati dall'EDS[33].

---

[32] Per un caso esemplificativo di gestione nelle due piattaforme dei dati di telemonitoraggio, cfr. P. COSMAI, *Il Governo torna sulla telemedicina: fissati i requisiti funzionali e i livelli di servizio*, in *Azienditalia*, 1/2023, 60-61.

[33] Il progressivo incremento del ruolo degli algoritmi nella società risulta di grande interesse nell'ambito sanitario. Alla luce di un'analisi tecnico-giuridica aggiornata, con riferimento al recente dato normativo, dottrinale e giurisprudenziale, ci si focalizza su aspetti evolutivi ed elementi di criticità della valorizzazione dei dati sanitari nella prospettiva europea, tra informatizzazione (automazione) e ridefinizione del potere discrezionale, tra uso primario ed uso secondario dei dati, sottolineando la necessità di un algoritmo trasparente ed accessibile, specialmente quale condizione di correttezza delle decisioni amministrative assunte nei sistemi di IA qualificati "ad alto rischio", quali i dispositivi medici. Le misure di garanzia per la protezione dei dati personali si atteggiano quale strumento di flessibilità normativa legislativa e regolamentare, essendo orientate a consentire l'adattabilità all'evoluzione tecnologica, contribuendo alla ricerca di equilibrio tra tutela dei diritti e spazio comune europeo della circolazione dei dati. Su tali aspetti, si v. *funditus* il recente saggio di G. LOFARO, *Dati*

ISSN 2036-7821

A tal proposito, con riferimento al più generale rapporto tra burocrazia, semplificazione e sviluppo economico, la digitalizzazione risulta *ictu oculi* orientata al servizio del più efficace svolgimento delle funzioni. Tuttavia, in chiave critica[34], dall'analisi dei testi delle riforme in atto può apparire, a tratti, un approccio quasi semplicistico ed approssimativo, in quanto schematico a livello progettuale, alla semplificazione digitale, specialmente in relazione agli strumenti di validazione nonché all'uso di *standard* aperti e condivisi.

4. Gestione degli eventi di telemedicina

Gli eventi sono informazioni memorizzate su EDS. Gli eventi di telemedicina sono prodotti dai verticali regionali di telemedicina e, tramite il *gateway*, anch'essi inviati ad EDS. Quest'ultimo, mediante meccanismo di *subscription*, riconosce gli eventi di telemedicina e li invia alla Infrastruttura Nazionale di Telemedicina affinché possa espletare le funzioni di verifica e governo.

Gli eventi costituiscono elementi indispensabili nel breve periodo ai fini del corretto monitoraggio delle attività da parte della PNT, ma sono di interesse anche per l'EDS, ad esempio per la riconduzione dei dati prodotti all'interno dello stesso episodio ed il tracciamento del percorso del paziente. Gli eventi rappresentano l'inizio o la fine di un percorso o di un episodio e sono individuati da una struttura dati che contiene informazioni che caratterizzano il particolare evento, l'origine ed il destinatario. Un evento può innestarsi in un altro evento che viene indicato come "padre"(generatore). Il riferimento all'evento deve essere presente anche nei documenti/dati prodotti in relazione all'evento stesso. Ciò richiede un adeguamento da parte dei dipartimentali coinvolti nel servizio di telemedicina, le cui specifiche tecniche devono essere indirizzate all'interno della progettazione della Piattaforma Nazionale di Telemedicina.

La PNT, tra le sue funzioni, ha anche il compito di validare il *workflow* individuato dagli eventi. Tale validazione avviene in modo asincrono e prevede un ritorno verso le aziende secondo un processo di *back office*. La PNT rappresenta l'elemento autoritativo per la gestione degli eventi della telemedicina. L'EDS, per il tramite del *gateway*, raccoglie tutti gli eventi. Sono necessari meccanismi per l'identificazione del tipo di evento ed in particolare per individuare quelli di interesse per la PNT tra gli

sanitari e "e-Health" europea: tra trattamento dei dati personali e decisione amministrativa algoritmica, in *MediaLaws*, 3/2022, pp. 179-208.

[34] Sempre più frequentemente si fa riferimento all'informatizzazione quale strumento di semplificazione dell'azione amministrativa. Tuttavia, affinché la trasformazione digitale delle pubbliche amministrazioni possa portare i risultati auspicati, «è necessario che essa sia attuata con cautela e con grande consapevolezza delle problematiche ad esse legate, laddove tale cautela e consapevolezza paiono mancare nella legislazione dell'ultimo periodo». Si esprime così A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2019, pp. 87-112.

ISSN 2036-7821

eventi di telemedicina ed eventi di assistenza domiciliare[35], che dovranno poi essere condivisi con la PNT per il monitoraggio e la validazione del *workflow*.
La PNT è interessata a ricevere comunicazione di tutti i percorsi di assistenza domiciliare, indipendentemente dall'attivazione al loro interno di processi di telemedicina, in quanto rappresentano il denominatore nelle valutazioni di efficienza[36].
Sia la piattaforma di telemedicina nazionale che il FSE necessitano di un servizio di gestione delle terminologie e codifiche adottate. Tra le terminologie gestite rientrano anche quelle relative agli eventi. Il sistema di propagazione e di aggiornamento delle terminologie sarà unico per FSE e PNT, ma vista la specificità delle terminologie che vengono adottate in ambito di telemedicina potrebbe essere opportuno adottare "un modello federato di gestione delle terminologie" ove l'Infrastruttura Nazionale di Telemedicina è un nodo di gestione terminologico che, per i processi di distribuzione ed adozione sui sistemi coinvolti, faccia riferimento all'infrastruttura di gestione delle codifiche dell'EDS[37].

5. Servizi di consultazione di dati e documenti da parte di cittadini e di professionisti sanitari
Il FSE, nello specifico EDS, mette a disposizione i servizi di consultazione di dati e documenti da parte di cittadini e di professionisti sanitari. La consultazione è possibile sia tramite *touchpoint* sia tramite integrazione applicativa. Sono messi a disposizione del FSE anche servizi a supporto della prevenzione individuale e dei processi di *Value Based Healthcare*.
Lo specialista che prende in carico un assistito nell'ambito della sanità digitale ha necessità di consultare la documentazione clinica del paziente[38]. I sistemi di telemedicina, analogamente agli applicativi utilizzati dai professionisti sanitari, potranno integrarsi con i servizi di consultazione dei dati messi a disposizione del

[35] Il Ministero della Salute, con decreto 29 aprile 2022, in Gazzetta Ufficiale 24 maggio 2022, n. 120, ha varato le Linee Guida organizzative recanti il "*Modello digitale per l'attuazione dell'assistenza domiciliare*", dopo aver acquisito il *placet* subordinato a modifiche minoritarie della Conferenza permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano del 28 aprile 2022.

[36] A. DE SIANO, *Spunti di riflessione sul concetto di efficienza riferito all'attività amministrativa*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2017, pp. 711-770, acutamente, rileva che, anche fondandosi sull'analisi della giurisprudenza, non è possibile ricavare con un ragionevole grado di certezza il contenuto giuridico minimo da imputare all'efficienza riferita all'attività amministrativa. L'A., ai fini della sistemazione teorica del concetto in parola, propone di ascrivere l'efficienza nel novero delle clausole generali, la cui tecnica di integrazione valutativa pare adeguata sia per consentire una sorta di "*actio finium regundorum*" riguardante il suo contenuto, sia per attribuire una più corretta dimensione al ruolo dell'interprete.

[37] C. SURACI, V. DE ANGELIS, G. LOFARO *et al.*, *The Next Generation of eHealth: A Multidisciplinary Survey*, in *IEEE Access*, vol. 10, pp. 134623-134646, 2022, *in https://ieeexplore.ieee.org/document/9996365*

[38] S. PARI, M.L. RIZZO, *L'utilizzo di applicazioni di mHealth: rischi e responsabilità*, in C. FARALLI, R. BRIGHI, M. MARTONI (a cura di), *Strumenti, diritti, regole e nuove relazioni di cura*, Torino, 2015, 135 ss.

ISSN 2036-7821

FSE, evitando in questo modo la duplicazione dei dati e le richieste di caricamento della documentazione da parte del paziente.
Il FSE riveste altresì il ruolo di canale unico di accesso ai servizi sanitari per il cittadino, non solo ai fini della consultazione dei documenti, ma anche per il caricamento dei *Personal Generated Health Data* (PGHD) nel c.d. taccuino personale nonché per i servizi quali la prenotazione ed il pagamento delle prestazioni.
I processi di telemedicina che vedono coinvolto il paziente in una di tali azioni, transiteranno perciò attraverso il FSE che sarà altresì il punto di aggregazione per *app* certificate nell'ambito della telemedicina per percorsi specifici, come la compilazione di questionari dedicati o la consultazione o l'inserimento di dati relativi a particolari percorsi di sanità digitale[39].
Infine l'FSE e la PNT realizzano servizi di monitoraggio, esponendo un cruscotto/pannello di controllo (c.d. *dashboard*) per i bisogni specifici e sulla base dei dati presenti su EDS e su PNT.
Può ritenersi allora che l'accessibilità dei servizi pubblici *online* si configuri quale nuovo diritto civico. L'identificazione degli utenti, chiaramente, deve avvenire secondo le garanzie di sicurezza previste dalla normativa e dalla giurisprudenza[40] più recente, specialmente in considerazione delle difficoltà di accesso e di usabilità dei sistemi di automazione dei servizi pubblici, anche mediante l'uso di tecniche di intelligenza artificiale[41].

---

[39] Si v. a tal proposito R.M. COLANGELO, *App mediche e protezione dei dati personali. Alcuni spunti giuridici tra Gdpr, codice privacy novellato e chiarimenti del Garante*, in *Aut. loc. e serv. soc.*, 2019, 281 ss.

[40] Cons. St., sez. cons. atti norm., 19 maggio 2022, n. 881 - Pres. Carbone, Estt. Ravenna, Perrelli, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ha dato il "via libera" con osservazioni allo Schema di decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, relativo ai "Modelli e *standard* per lo sviluppo dell'Assistenza Territoriale nel Servizio Sanitario Nazionale", necessario per l'attuazione della misura PNRR M6 – C1- Riforma Reti di prossimità strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale. Secondo il Consiglio di Stato il disegno di riforma delinea «un innovativo modello organizzativo dell'assistenza sanitaria territoriale, condivisibilmente imperniato su un archetipo antropocentrico, che prevede la rimodulazione dei servizi e delle prestazioni offerte affinché siano il più possibile prossimi all'utente raggiungendolo fino al suo domicilio funzionale a fornire risposte operativamente efficaci alla necessità, sempre più avvertita, di costruire una rete assistenziale territoriale che sia alternativa all'ospedale e che sia accessibile a tutti, contrastando le disparità "di salute" determinate dai livelli di reddito ovvero dall'area geografica di appartenenza e promuovendo un sistema sanitario sostenibile in grado di erogare cure di qualità». Nel dare il parere favorevole, la Sezione ha posto l'accento sulla necessità, per il successo della riforma, di distinguere più chiaramente – nell'allegato che dispone gli *standard* e che costituisce il *corpus* della riforma – tra le "disposizioni aventi natura squisitamente prescrittiva" e quelle con "funzione evidentemente descrittiva". Parimenti necessario appare indicare alle Regioni un cronoprogramma per l'adozione degli *standard*, almeno riguardo ad alcuni *step* essenziali, visto che si tratta di materia a legislazione concorrente; a tal fine si formula «una forte raccomandazione e un auspicio per il concorde, costante e leale impegno di tutti gli attori istituzionali coinvolti in direzione della compiuta attuazione di una riforma che, mirando ad assicurare uguaglianza nel diritto alla salute sull'intero territorio nazionale, riveste la più grande importanza». Essenziale, infine, sarà un costante ed effettivo monitoraggio del processo di attuazione della riforma.

[41] A. G. OROFINO, F. CIMBALI, *L'uso delle tecniche informatiche nella prestazione di servizi pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, 6/2022, pp. 1523-1527.

ISSN 2036-7821

6. Processi di validazione in telemedicina

La PNT e l'FSE devono dotarsi di processi ed ambienti tecnologici per supportare il processo di validazione[42] di: soluzioni regionali di telemedicina da adottarsi anche per i servizi non inclusi nell'insieme dei servizi minimi di telemedicina, di applicativi dipartimentali delle strutture sanitarie, applicativi per la gestione delle cartelle dei MMG/PLS, al fine di verificare la corretta alimentazione, attraverso il *gateway*, di EDS e degli indici (*registry*) regionali e nazionali; applicativi dipartimentali delle strutture sanitarie per verificare l'accesso, mediante *layer* dei servizi di EDS, a dati e servizi.

I processi di validazione relativi alla telemedicina riguardano il controllo tecnico delle soluzioni di mercato delle infrastrutture regionali di telemedicina, anche per servizi non inclusi nel *set* minimo, nonché la verifica che le soluzioni di telemedicina, costituite da *device* più *software*, possiedano i requisiti di certificazione come *medical device* laddove previsto dalla normativa vigente[43].

Tali processi sono da applicare sia per nuovi applicativi, che interagiranno con le infrastrutture di telemedicina ed FSE, sia per nuovi servizi che andranno ad arricchire le infrastrutture regionali di telemedicina ed altresì per le nuove funzionalità di monitoraggio e governo dell'infrastruttura nazionale di telemedicina. Pertanto, dovranno essere predisposti processi ed ambienti tecnologici a supporto di questa attività. Stante l'architettura enucleata, l'attività di validazione dell'integrazione delle infrastrutture regionali di telemedicina con l'infrastruttura nazionale coinvolgerà la validazione dell'intera "catena" *Gateway*-EDS-infrastruttura nazionale di telemedicina oltre agli indici regionali e nazionali.

Alla luce di quanto sin qui enucleato, può ritenersi agevolmente che la digitalizzazione dei servizi sanitari pubblici apra nuovi scenari e ponga nuove sfide. Pertanto, pare opportuno sfruttare le occasioni offerte dall'evoluzione digitale impiegando la giusta cautela che involge tale stato di transizione che porta con sé rilevanti mutamenti giuridici e sociali.

7. Le nuove linee guida per la telemedicina: requisiti funzionali e livelli di servizio

Le Linee Guida approvate con D.M. 21 settembre 2022, in Gazzetta Ufficiale 2 novembre 2022, n. 256, hanno *expressis verbis* l'obiettivo di fornire un supporto tecnico alle regioni ai fini della progettazione dei servizi di telemedicina afferenti al PNRR, Missione 6 – Componente 1, in linea con le misure già adottate anche

[42] Ci si permette di rinviare, per un'analisi dettagliata, a G. LOFARO, *Rilievi sulla validazione della telemedicina: modelli procedimentali e semplificazione gestionale della piattaforma*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2022, 231-270, reperibile in *http://www.osservatoriosullefonti.it*.

[43] Cfr. le linee guida approvate nel 2022 di cui al Decreto del Ministero della Salute, 21 settembre 2022, recante *Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio*, in G.U. 2 Novembre 2022, Serie generale - n. 256, cit., spec. p. 44.

ISSN 2036-7821

trasversalmente, quali le Linee Guida per l'attuazione del Codice dell'Amministrazione Digitale e per lo SPID, nonché i Reg. UE 2016/679 (*General Data Protection Regulation*), UE 2017/745 (*Medical Device Regulation*).
Le nuove linee guida si articolano in tre distinte sezioni: la prima incentrata sui requisiti funzionali minimi richiesti; la seconda dedicata ai requisiti tecnologici minimi da assicurarsi in sede regionale per garantire l'omogeneità dei servizi a livello nazionale; la terza orientata ad identificare le competenze e le esigenze formative richieste ai fini dell'erogazione e l'accesso al servizio, destinata ai professionisti sanitari ed all'utenza.
Sotto un profilo descrittivo, l'accessibilità al servizio di telemedicina è riservata unicamente ai pazienti che, sia sotto un profilo clinico, che sotto l'aspetto culturale, tecnologico e di autonomia personale o garantita da un *caregiver*, risultino "arruolabili" nella tipologia di servizi sanitari tramite i percorsi di telemedicina. Tale eleggibilità deriva dal giudizio del medico sotto il profilo clinico nonché da un sopralluogo di carattere tecnico per la verifica dell'adeguatezza della dotazione tecnologica del paziente e delle sue capacità di utilizzo e/o del *caregiver*.
I servizi di telemedicina che ciascuna regione dovrà essere in grado di erogare sono quattro: la televisita; il teleconsulto/la teleconsulenza; il telemonitoraggio; la teleassistenza. Inoltre, per ognuno di essi, è indispensabile assicurare la disponibilità di un *set* di micro-servizi che variano da quelli specifici, a quelli trasversali, a quelli opzionali[44].
I micro-servizi "specifici" e "trasversali" devono essere necessariamente presenti affinché l'Infrastruttura regionale di telemedicina (IRT) possa funzionare; pertanto, il decreto ministeriale in analisi rimette alle regioni la valutazione dell'esistenza e del grado di sviluppo di ciascuno di essi al loro interno e, per tale via, la scelta tra la

[44] Per quel che concerne la tipologia di micro-servizi necessari e non, si distinguono in: Specifici (Necessari), ossia «quei micro-servizi logico/funzionali essenziali e propri per l'erogazione dei servizi di telemedicina che devono necessariamente far parte dell'implementazione dell'infrastruttura regionale di telemedicina che dovrà poi conferire i dati e gli eventi tramite il *Gateway* (di cui FSE 2.0) e integrarsi con i servizi "trasversali" di ogni regione, rispettando i processi definiti all'interno delle linee d'indirizzo elaborate a livello nazionale»; Trasversali (Necessari), micro-servizi logici necessari, nel singolo contesto regionale, per l'integrazione con i servizi funzionali all'erogazione delle prestazioni, siano esse erogate in presenza e/o in telemedicina: ad es. il micro-servizio "refertazione e firma digitale" non dovrà essere creato con modulistica e firma digitale *ex novo* ma sarà quello già presente ed in uso nel sistema regionale. Essi sono a supporto del sistema sanitario regionale per integrare la telemedicina all'interno del modello organizzativo, tecnologico e normativo esistente e, perciò, devono obbligatoriamente essere inclusi nelle progettualità regionali afferenti alle Infrastrutture regionali di telemedicina. Vi sono altresì i micro-servizi Opzionali (Non necessari) che possono essere inclusi all'interno del perimetro di funzionalità delle iniziative progettuali di telemedicina presentate dalle regioni, ma che non rappresentano un presupposto necessario per lo sviluppo dei servizi minimi, in quanto non strettamente necessari per l'erogazione delle prestazioni in telemedicina; in tale ultima tipologia, rientrano le applicazioni sperimentali e innovative. Cfr. *funditus* le linee guida approvate nel 2022 di cui al Decreto del Ministero della Salute, 21 settembre 2022, recante *Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio*, *doc. ult. cit.*, p. 40.

ISSN 2036-7821

realizzazione del servizio con propri finanziamenti, salvo poi procedere con i fondi del PNRR all'integrazione mediante la IRT; ovvero la sua realizzazione in misura minima obbligatoria per la sola Infrastruttura regionale di telemedicina, col precipuo obiettivo di far funzionare le prestazioni di telemedicina nel rispetto del *target* imposto a livello nazionale. Perciò, durante la fase preliminare di rilevazione dei fabbisogni, sede deputata alla definizione di ogni progetto regionale, dovrà essere verificata la sussistenza o meno dei servizi trasversali regionali e dovrà essere altresì deciso e comunicato se implementare la mera integrazione o soltanto una versione minima del corrispondente servizio.

Qualora una regione abbia già implementato uno dei quattro servizi minimi di telemedicina e questo sia diffuso sull'intero territorio regionale, sarà rimessa al singolo ente la valutazione di eventuale acquisizione dei servizi minimi "mancanti" dalle *suite* messe a disposizione dalle regioni capofila, purché il servizio già implementato sia rispondente alle Linee guida e sia integrato con la Infrastruttura nazionale di telemedicina (INT) nonché con i servizi regionali/dipartimentali. Le nuove linee guida individuano trenta micro-servizi specifici/trasversali/opzionali per ciascuna delle quattro tipologie di servizi di telemedicina, secondo la tabella esplicativa "Micro-servizi specifici/trasversali/opzionali per tipo di erogazione" riportata in G.U.[45].

Alla luce delle nuove linee guida ivi scandagliate, per ogni Infrastruttura regionale dovrà essere previsto un Centro Servizi che supporterà il Centro erogatore per gli aspetti tecnologici, qualora il primo non sia dotato di una propria organizzazione tale da poter gestire in autonomia i profili informatici nel rispetto delle regole sancite nel Codice dell'Amministrazione Digitale[46], assicurando l'erogazione dei servizi di telemedicina 7 giorni su 7 e 24 ore su 24, con i tempi di presa in carico e di ripristino del servizio, sempre tenendo conto della valutazione della priorità di anomalie/incidenti. Ogni regione dovrà identificare i livelli di priorità delle anomalie secondo due parametri di analisi, ovvero l'urgenza e l'impatto, dalla cui combinazione deriva la graduazione degli interventi di ripristino richiesti.

In linea con quanto previsto dalle Linee guida relative al FSE, il decreto ministeriale *de quo* esplicita che ciascun sistema regionale di accesso ai servizi di telemedicina dovrà poter dialogare con la piattaforma nazionale. Pertanto, per assicurare all'utente fluidità ed omogeneità durante la fruizione dei servizi di telemedicina, le interfacce e l'interazione con le funzionalità di questi saranno progettate in linea con i canoni di coerenza e standardizzazione, riportando in entrambe le interfacce (regionali e nazionale) elementi riconoscitivi e dando all'utente la percezione di

[45] Per l'indicazione specifica cfr. Tabella 1 classifica micro servizi, *Ivi*, p. 41.

[46] Sotto un profilo storico-ricostruttivo, si v. la chiara analisi tecnico-giuridica di E. CARLONI, *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Giornale di dir. amm.*, 2011, 469 ss.

ISSN 2036-7821

utilizzare un medesimo ambiente. Ciò risulta fondamentale per implementare l'affidabilità e la dimestichezza del cittadino con le prestazioni sanitarie digitali.
Nello specifico, la televisita ed il teleconsulto/teleconsulenza condividono diversi micro-servizi logici, per cui per essi è necessario adottare un comune data *layer* al fine di favorire la fruizione e l'integrità dei dati, riducendo altresì gli oneri di sincronizzazione di eventuali diverse basi dati associate ai micro-servizi. Il sistema operativo della regione dovrà garantire la gestione delle disponibilità degli specialisti regionali che effettueranno tale servizio, sia in modalità sincrona che asincrona.
Qualora durante la televisita vengano utilizzati dei dispositivi medici, il *software* e l'*hardware* per l'erogazione del servizio dovrà essere certificato come dispositivo medico con adeguata classe di rischio nell'ambito dell'infrastruttura regionale di telemedicina.
Nel telemonitoraggio, la complessità tecnica risiede nella capacità del sistema regionale di integrarsi con i dispositivi medici destinati a registrare i dati nel corso del servizio erogato; perciò le nuove linee guida prevedono che l'Infrastruttura regionale di telemedicina per il servizio minimo di telemonitoraggio debba essere certificata come dispositivo medico e risponda a due distinti livelli di specificità tecnica a seconda che si eroghi il telemonitoraggio base (livello 1) o il telemonitoraggio avanzato (livello 2).
Il telemonitoraggio base (livello 1), in linea generale destinato ai pazienti cronici, ha natura trasversale rispetto ad una pluralità di patologie e prevede di per sé la possibilità di integrare il maggior numero possibile di dispositivi medici, quali saturimetri, elettrocardiografi, spirometri, bilance, termometri, *monitor* cardiorespiratori, glucometri. Pertanto, l'interfaccia per l'utente deve essere unica e rispondere agli *standard* del Fascicolo Sanitario Elettronico per garantirne la massima accessibilità sia dai clinici, che dai pazienti.
L'obiettivo del servizio di telemonitoraggio base è quello di acquisire i dati dei dispositivi assegnati ai pazienti convogliandoli all'interno di un unico sistema di telemonitoraggio regionale affinché, una volta aggregati i dati, sarà possibile la gestione dell'intero flusso e, in contemporanea, gli utenti clinici potranno effettuare l'associazione/dissociazione dei *device* ed i settaggi connessi a seconda delle necessità del paziente (ad es. *alert* o altri eventi relativi al monitoraggio), i pazienti potranno consultare i dati complessivi autonomamente, in prospettiva anche mediante accesso al Fascicolo Sanitario Elettronico, al cui interno sono destinati ad affluire. Da ogni interfaccia, per favorire la semplificazione[47] ed al contempo la completezza nello

[47] G. CAVALCANTI, *Dalla riduzione del digital divide alla semplificazione dei servizi online: le nuove misure del decreto di attuazione del PNRR, 2022*, in *https://www.irpa.eu/dalla-riduzione-del-digital-divide-alla-semplificazione-dei-servizi-online-le-nuove-misure-del-decreto-di-attuazione-del-pnrr/.*; ancora, si v. sotto il profilo delle riforme, G. PIPERATA, *Semplificazione e digitalizzazione nelle recenti politiche di riforma della pubblica amministrazione italiana*, in F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA, C. TUBERTINI (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una*

ISSN 2036-7821

scambio d'informazioni, i professionisti sanitari potranno personalizzare e distribuire dei questionari da far compilare ai pazienti al fine di raccogliere dei *feedback*, nonché compilare indicatori soggettivi sullo stato di salute del paziente e sul suo livello di risposta all'interno del piano terapeutico (c.d. Gestione *survey*); i questionari saranno disponibili attraverso i canali attivati dall'ecosistema del FSE, in un'ottica di interoperabilità.

Il telemonitoraggio avanzato (livello 2), destinato a pazienti ad alta complessità seguiti da personale altamente specialistico, è accessibile tramite un'unica interfaccia dai diversi attori clinici abilitati al telemonitoraggio di livello 1. Quello avanzato è destinato a mettere a disposizione componenti applicative per il *reporting* specifico o per l'analisi dei *pattern* acquisiti da soluzioni di telemonitoraggio di terze parti, per cui le nuove Linee guida raccomandano che i sistemi regionali gestiscano la profilazione di ogni utente clinico di secondo livello e gli schemi autorizzativi per la definizione dei livelli di visibilità (c.d. Gestione livelli di visibilità dei dati) sul patrimonio informativo a cui accedere sulle soluzioni terze.

Inoltre, con riferimento al telemonitoraggio di livello 2, essendo più avanzato, le nuove linee guida prevedono che le regioni possano svilupparlo in un secondo tempo, ma che, qualora optino per implementarlo, le regioni stesse, come prima opzione, adottino delle soluzioni fondate su un paradigma architetturale *plug-in based* in cui le componenti applicative (es. micro-servizi) siano in grado di integrarsi in maniera composita ed incrementale all'interno di un'unica soluzione regionale che funga da data *repository* integrato a cui i diversi attori clinici possano accedere ai fini di acquisizione di informazioni di dettaglio sui diversi parametri. Allorquando tale scelta non risulti possibile, le nuove linee guida consentono alle regioni la possibilità di adottare una strategia d'integrazione meno vincolante con tali piattaforme in cui è prevista unicamente un'integrazione dei dati acquisiti dalle diverse piattaforme verso il livello regionale unico, per cui verrà implementata un'interfaccia applicativa comune mediante cui saranno accessibili i diversi dati.

---

nuova stagione di riforme, *Quaderni della Spisa*, Bologna, 2016, 255 ss. In una prospettiva più ampia, si v. G. TERRACCIANO, *La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione*, in *Amministrativ@mente*, 11-12/2014, 2: «…la trasparenza e la semplificazione amministrative hanno costituito i valori-obbiettivo da perseguire della legge n. 241 del 1990, nella consapevolezza, o speranza, di migliorare l'azione amministrativa e favorire la partecipazione degli interessati alla formazione delle decisioni e degli atti delle amministrazioni pubbliche, e in questo senso l'ordinamento amministrativo italiano tanta strada ha percorso, sebbene qualitativamente vi siano margini di miglioramento evidenti. Creare le condizioni per favorire un'amministrazione più vicina alle esigenze di conoscibilità reale dell'agire amministrativo è, però, altro che combattere i fenomeni di cattiva e inefficiente gestione o, ancor di più, di corruzione, come del resto appare in ambito internazionale».

ISSN 2036-7821

In ogni caso, a prescindere dall'opzione prescelta, è necessario che i due livelli di telemonitoraggio si integrino, il che può avvenire in tre distinte modalità, secondo quanto riportato sulle nuove linee guida [48].

Sempre nell'ambito delle indicazioni per lo sviluppo delle soluzioni di telemedicina, la teleassistenza è un atto professionale di pertinenza sanitaria che si fonda sull'interazione a distanza tra paziente - eventualmente supportato dal *caregiver* - e professionista sanitario per mezzo di videochiamata, condivisione di dati clinici rilevati da dispositivi medici e somministrazione di questionari. Perciò, tale prestazione sanitaria a distanza, sotto il profilo tecnico, racchiude sia le funzionalità della televisita sia quelle del telemonitoraggio in quanto gli operatori sanitari possono avere necessità di accedere ai dati di entrambi a cui devono essere previamente abilitati.

L'integrazione dei dati presenti nella Piattaforma di telemedicina regionale potrà essere o nativa, qualora già sia innestata nell'Ecosistema dei Dati Sanitari (EDS) oppure transitoria, ossia basata su un sistema di interazione temporaneo, nelle more dell'avvio dell'EDS. In questo secondo caso, le Piattaforme di telemedicina nazionali interagiscono con quelle regionali, quest'ultime utilizzate all'interno dei contesti delle singole aziende presenti sul territorio, sono integrate con le componenti introdotte dalla progettualità del FSE 2.0 (ad es. *gateway* FHIR ed Ecosistema dei dati sanitari) e sono destinate ad alimentare il FSE e l'EDS mediante il *Gateway*[49].

[48] Per quel che concerne i MODELLI DI INTEGRAZIONE TRA TELEMONITORAGGIO DI LIVELLO 1 E DI LIVELLO 2, il Modello 1 di Integrazione nativa delle componenti applicative prevede che: «i singoli *provider* di soluzioni per il telemonitoraggio rendono disponibili specifiche componenti applicative sia in termini di *front end* customizzabili (es. sezioni a *micro-front end* e applicazioni composite) sia le componenti di *back end* necessarie per l'elaborazione dei dati». In questo scenario lo strato applicativo regionale integra all'interno del proprio *Front End* le componenti *software* dei diversi *provider*». Nel Modello 2 di Integrazione tramite API, i singoli *provider* di soluzioni per il telemonitoraggio espongono il patrimonio informativo acquisito tramite i dispositivi medici secondo meccanismi *standard* di collaborazione applicativa (ad es. *API Rest* secondo le modalità di riuso del *software* per le PA). In continuità con quanto definito in tema di rappresentazione ed interoperabilità dei dati sanitari, è necessario che ciascun *provider* sia in grado di alimentare un comune modello dati definito a livello nazionale/regionale basato sulla profilazione ed eventuale estensione delle risorse FHIR. Lo scenario del Modello 3 di Integrazione tramite *link* ad applicazioni terze dovrà essere valutato unicamente nel caso i precedenti due non siano perseguibili per comprovate ragioni tecniche legate alle caratteristiche dei *device* e relativi *software* o all'alta specificità dei *device* coinvolti. In questo *setting* architetturale, a livello dello strato applicativo centrale, dovrà essere predisposto un collegamento che, mediante passaggio di contesto, possa andare a richiamare l'applicazione dei *provider* accreditati sul territorio per l'erogazione di attività di telemonitoraggio di livello 2. Seppur senza la possibilità di condividere nativamente le soluzioni applicative, in questo terzo scenario deve essere gestita la profilazione degli utenti secondo uno schema autorizzativo definito a livello centrale, garantendo inoltre la federazione degli accessi. Si v. le linee guida approvate nel 2022 di cui al Decreto del Ministero della Salute, 21 settembre 2022, recante *Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio*, *cit.*, p. 45.

[49] Cfr. il documento "*Piattaforma di telemedicina e FSE*", *cit.*, *passim*.

ISSN 2036-7821

La trasmissione di tali dati dal contesto aziendale verso quello regionale prima e quello nazionale poi, permette di validare i *workflow* clinici implementati a livello regionale grazie all'identificazione degli eventi afferenti ai servizi di telemedicina: a titolo esemplificativo, sarà possibile identificare l'inizio e la fine di un percorso di assistenza domiciliare per un paziente in regime di dimissioni protette oppure acquisire, a partire dagli *alert* registrati nei piani di telemonitoraggio, le informazioni necessarie per la segmentazione della popolazione di pazienti in *cluster* omogenei.

7.1 La scelta strategica di un'architettura a "micro-servizi" in un'ottica di flessibilità e collaborazione amministrativa

Per quel che concerne il sistema da progettare per l'erogazione dei servizi di telemedicina, le nuove Linee guida prevedono l'applicazione alle Piattaforme regionali di un'architettura a "micro-servizi", in grado di sviluppare soluzioni in maniera incrementale, garantendo in tal modo dei rilasci di funzionalità e componenti applicative autoconsistenti, in modo da poter essere integrati nei contesti organizzativi regionali, caratterizzati da uno specifico ecosistema informativo.

L'adozione dello sviluppo a micro-servizi promuove un'elevata indipendenza tecnologica e funzionale dei singoli moduli della soluzione. Tale scelta strategica abilita una maggiore coesione dei singoli micro-servizi che saranno perciò dedicati ad un perimetro funzionale limitato nonché ad una minore interdipendenza tra gli stessi, assicurando al contempo flessibilità ed estensibilità delle soluzioni di telemedicina.

Ogni servizio può essere realizzato da uno o più micro-servizi che comunicano fra loro mediante sistemi di orchestrazione e gestione di immagini *container*. La gestione dovrà prevedere sistemi di *event broker* o gestori di code al fine di realizzare il servizio minimo specifico o di comunicare con altri servizi minimi qualora risulti necessario coinvolgere più di un servizio minimo per la realizzazione di un processo clinico (c.d. *workflow*).

L'interoperabilità tecnica e semantica del patrimonio informativo prodotto e scambiato all'interno della Piattaforma regionale di telemedicina abilita una collaborazione amministrativo-gestionale applicativa sia tra i verticali regionali nonché verso i micro-servizi della Infrastruttura Nazionale di Telemedicina, garantendo l'orchestrazione delle risorse nei contesti locali e la corretta fruizione di dati e servizi da e verso il livello centrale. L'integrazione delle componenti applicative messe a disposizione dalla Infrastruttura Regionale di Telemedicina può seguire una *roadmap* di evoluzione tecnologica incrementale, con l'obiettivo di

ISSN 2036-7821

abilitare la corretta gestione delle complessità implementative e dei relativi impatti sui rispettivi portafogli applicativi locali[50].

Le Linee guida in commento prevedono, altresì, che gli ambienti di produzione della Piattaforme di Telemedicina debbano essere erogati in "*Cloud*" secondo il modello di servizio *SaaS* (*Software As A Service*) o *PaaS* (*Platform as a Service*) al fine di abilitare, per ogni regione/Azienda sanitaria, la fruizione di un servizio "chiavi in mano" componibile con i moduli dei servizi minimi di telemedicina[51].

In concreto, il sistema deve assicurare che una singola istanza applicativa sia in grado di servire contemporaneamente più Enti e siti a livello locale, i quali accedono alla medesima istanza applicativa in esecuzione su risorse virtuali condivise.

La logica di *business* dei microservizi deve essere fornita e mantenuta su immagini *container* al fine di ottimizzare le attività di manutenzione ed assicurare la massima portabilità su diversi *Cloud provider*, tenendo conto della necessità di prevenire il rischio di blocco (c.d. *lock-in*).

Il *Front End* della Piattaforma di Telemedicina - ossia la parte componente del servizio che gestisce l'interazione con l'utente ai fini della ricezione da parte dell'utilizzatore, o da chi per esso, di un flusso di dati - deve essere progettato secondo il paradigma *mobile first* mediante interfacce responsive ed interazioni tra i diversi attori tramite *mobile app native* marcati come dispositivo medico. Ogni canale applicativo deve garantire la piena accessibilità verso l'utente finale.

Specifica attenzione deve altresì essere dedicata in merito alla scelta degli approcci da adottare in termini di implementazione, valutando sia la tipologia di utente sia le finalità funzionali che lo strumento deve soddisfare.

La Piattaforma di telemedicina deve rispondere ai requisiti di accessibilità, usabilità e sicurezza identificati dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID)[52] all'interno delle linee guida di *design* per i servizi digitali della Pubblica Amministrazione[53]. A tal proposito, ciascuna regione dovrà avere cura di testare costantemente il gradimento e la soddisfazione dell'utenza.

---

[50] C. Suraci, V. De Angelis, G. Lofaro *et al.*, *The Next Generation of eHealth: A Multidisciplinary Survey*, *op.cit.*, pp. 134623-134646.

[51] C. Suraci, V. De Angelis, G. Lofaro *et al.*, *The Next Generation of eHealth: A Multidisciplinary Survey*, *op. ult. cit.*, *passim*.

[52] Cfr. d.l. 31 maggio 2021, n. 77, «*Governance* del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure» (c.d. Decreto semplificazioni *bis*, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108), il cui art. 41 ha aggiunto al C.a.d. un art. 18-*bis*, rubricato «Violazione degli obblighi di transizione digitale»: l'articolo *de quo* riconosce all'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) poteri di vigilanza, verifica, controllo e monitoraggio sul rispetto delle disposizioni del Codice e di ogni altra norma in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione della pubblica amministrazione.

[53] Si tratta di Linee guida contenenti regole tecniche, ai sensi dell'art. 53, comma 1 *ter* - Siti internet delle pubbliche amministrazioni del Codice dell'Amministrazione Digitale, in *https://www.agid.gov.it/it/design-servizi/linee-guida-design-servizi-digitali-pa*

ISSN 2036-7821

Considerato che i servizi di telemedicina offerti si rivolgono anche alla popolazione residente in altra regione, le interfacce applicative dei sistemi regionali dovranno essere uguali e direttamente accessibili alle varie infrastrutture regionali.
Le piattaforme regionali di telemedicina devono essere inoltre conformi alle «linee guida sulla sicurezza nel *procurement* ICT» dell'AGID[54]. Ritenendo l'infrastruttura regionale di telemedicina una "fornitura critica" per la P.A.[55], l'applicazione dei dettami di tali linee guida, specialmente con riferimento alla protezione dei dati personali[56], sono da ritenersi obbligatori[57].
Nella parte finale delle nuove linee guida viene messa in rilievo la necessità che gli attori del sistema - operatori sanitari, pazienti e *caregiver* - siano adeguatamente formati e dotati di un bagaglio sufficiente di competenze digitali, ai fini dell'ottimale funzionamento nonché dello sviluppo dei servizi sanitari digitali[58].
Perciò la formazione dovrà essere finalizzata all'acquisizione di: competenze di base nell'uso dei sistemi informatici; conoscenza della piattaforma tramite cui sono erogati i servizi di telemedicina; competenze sull'eleggibilità del paziente relativamente al servizio specifico di telemedicina; capacità nell'interpretazione ed analisi dei dati del singolo e della popolazione oggetto di intervento; competenze nella gestione da remoto della relazione con i pazienti o con altri professionisti sanitari; capacità di comunicazione da remoto con pazienti, *caregiver* e tutti i componenti del *team* sanitario.
Alla formazione tecnica, sarà inoltre necessario abbinare quella giuridica specifica in materia di *privacy* e sicurezza dei dati trattati[59].

---

[54] Determinazione n. 220/2020 del 17 maggio 2020 - Adozione delle Linee Guida – *La sicurezza nel procurement ICT*: il documento fornisce indicazioni alle PA ed ai fornitori per garantire che beni e servizi informatici acquistati dai soggetti pubblici nell'ambito di gare d'appalto o contratti quadro rispondano ad adeguati livelli di sicurezza, in *https://www.agid.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2020/05/20/sicurezza-procurement-ict-online-linee-guida*

[55] *Cfr.* Par. 2.2.1 «AP1 - Analizzare la fornitura e classificarla in base a criteri di sicurezza» delle linee guida pocanzi citate. In linea più generale e risalente, ma pur sempre utile, si cfr. P. PIRAS, *L'amministrazione nell'era del diritto amministrativo elettronico*, in *Dir. Internet*, 2006, 550.

[56] Cfr. M.G. VIRONE, *Il fascicolo sanitario elettronico. Sfide e bilanciamenti fra Semantic Web e diritto alla protezione dei dati personali*, Roma, 2015, 19.

[57] M. ALOVISIO, *L'impatto della legge di conversione del d.l. 8 ottobre 2021 n. 139 "Decreto Capienze" sulla protezione dei dati in ambito sanitario*, in *dirittoegiustizia.it*, 2022.

[58] E. CARLONI, *Le nuove tecnologie al servizio delle pubbliche amministrazioni*, in A.I.P.D.A., *Annuario 2019. Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica. Atti del Convegno annuale,* Pisa, 10-12 ottobre 2019, Napoli, 2020, 31-32.

[59] «La sicurezza dei dati personali e sensibili impiegati nell'erogazione di una prestazione sanitaria costituisce strumento di realizzazione del diritto alla salute, sia nella sua dimensione individuale che in quella collettiva. Sussiste un nesso funzionale, in ambito sanitario, tra la "*quaestio*" della sicurezza – nella formazione, conservazione, utilizzo e circolazione del dato clinico – e quella della "*privacy*". È indispensabile perseguire l'obiettivo della protezione dei dati personali mediante un approccio "dinamico", che involge anche i flussi di dati. Ai sensi del GDPR, la strategia per la sicurezza dei dati personali è incentrata sul "principio generale del trattamento". Emerge un approccio di tutela dei dati personali fondato sulla gestione complessiva del rischio

ISSN 2036-7821

I percorsi formativi degli operatori potranno essere assicurati attraverso specifici programmi accreditati ECM (Educazione Continua in Medicina) o mediante le iniziative del Ministero della Salute veicolate tramite la Piattaforma nazionale per la diffusione della telemedicina (PN-DT) nell'ambito del PNRR M6C2.
Con riferimento all'utenza[60], le nuove Linee guida sulla telemedicina ne raccomandano il coinvolgimento in appositi canali di informazione/ formazione di natura semplice ed accessibile, quali video-*tutorial*, infografiche, *depliant* cartacei nonché percorsi di accompagnamento in presenza e/o a distanza.
Con riferimento ai Modelli e *standard* per lo sviluppo dell'Assistenza Territoriale in telemedicina nel Servizio Sanitario Nazionale, la sezione consultiva del Consiglio di Stato[61] ha suggerito, di recente, al Governo, l'avvio di un intervento di complessivo riordino e semplificazione delle fonti disciplinatrici della materia, da attivare o attraverso lo strumento della delega legislativa, o, in alternativa, attraverso testi unici cd. "compilativi", come previsto dall'articolo 17-*bis* della legge n. 400/88. Il ricorso a tale ultimo strumento – per il quale il Governo ha un potere permanente, che non richiede ulteriori previsioni – consentirebbe almeno di abrogare *expressis verbis* le disposizioni superate e di inserire i rinvii alle nuove funzioni, con indubbi vantaggi in termini di chiarezza e di riduzione dello *stock* normativo.

8. Riflessioni conclusive in un'ottica di efficacia ed efficienza dei processi clinici assistenziali
Per quel che concerne la natura giuridica e la *vis* delle nuove linee guida, autorevole dottrina ha ritenuto che si tratti di vere e proprie regole tecnico-giuridiche, non di mere *soft law*[62] in quanto non si basano sull'evidenza consolidata, non conferiscono parametri sulla forza delle raccomandazioni[63]. Esse richiamano un decreto-legge, atto avente «forza di legge», atto normativo del Governo parificato alla legge sia come

---

nonché sulla responsabilizzazione proattiva del Titolare del trattamento, chiamato a modulare "in concreto" l'attuazione dei principi sanciti dal Regolamento. Nell'ottica dell'"*accountability*", la sicurezza dei dati personali, involgendo l'applicazione di misure differenti, richiede una visione integrata di plurime competenze, tra cui quelle giuridiche, informatiche ed organizzative. La digitalizzazione viene inquadrata quale necessità trasversale nell'ambito del PNRR (Piano nazionale di ripresa e resilienza)». Il virgolettato è di G. LOFARO, *La sicurezza dei dati sanitari nelle "smart technologies" quale strumento di realizzazione del diritto alla salute tra telemedicina ed intelligenza artificiale*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2022, pp. 120-141, a cui ci si permette di rinviare per un'analisi tecnico-giuridica aggiornata, alla luce del recente dato normativo (anche comunitario), dottrinale e giurisprudenziale, nella più ampia prospettiva di un'integrazione equilibrata tra dimensione umana ed avanzamento tecnologico in sanità.

[60] M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Spunti di riflessione su digitalizzazione della P.A. e rapporto di lavoro*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 8-9/2021, pp. 798-806, sia in una prospettiva *de iure condito* che *de iure condendo*, tratta efficacemente degli aspetti connessi al lavoro da remoto all'interno del processo in atto di digitalizzazione dell'attività amministrativa orientata all'utente.

[61] Cons. St., sez. cons. atti norm., 19 maggio 2022, n. 881, *cit.*

[62] G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, n. 2, 1 ss.

[63] Cfr. C. R. DOARN, R. C. MERRELL, *Standards and guidelines for telemedicine - an evolution*, in *Telemedicine and e-Health*, vol. 20, n. 3, Mar. 2014, 187-189.

ISSN 2036-7821

capacità di innovare nell'ambito dell'ordinamento giuridico (c.d. *vis abrogans*) che come resistenza all'abrogazione da parte di fonti subordinate[64].
In particolare, nel *corpus* del D.M. 21 settembre 2022 recante le nuove linee guida sulla telemedicina vi sono riportati parecchi elementi tecnici di dettaglio; nell'allegato A vi sono invece molti aspetti amministrativistici, in un'ottica di efficacia ed efficienza dei processi clinici assistenziali.
E' altresì utile evidenziare, in linea con quanto sin qui già enucleato, con riferimento alle prestazioni minime di telemedicina, che il paziente deve essere eleggibile secondo quattro parametri: clinico, tecnologico a sua disposizione, culturale e, *last but not least*, in relazione al livello di autonomia o alla disponibilità di un *caregiver*. Ne derivano una serie di responsabilità sul cui atteggiarsi è necessario riflettere: a titolo esemplificativo, per la prestazione a distanza della televisita, è indispensabile una specifica valutazione degli aspetti clinici, tecnologici, culturali e fisici/ambientali; *idem* per la teleconsulenza, in quanto essendo atti sanitari diversi necessitano di valutazioni cliniche, tecnologiche, assistenziali e competenze digitali diversificate.
Pare opportuno soffermarsi altresì sull'aspetto per cui, essendo la telemedicina un servizio da remoto, sono necessarie determinate capacità e dotazioni tecnologiche nonché condizioni cliniche compatibili per la prestazione; pertanto, è indispensabile valutare se l'assistito sia «arruolabile» per questa tipologia di prestazioni a distanza. L'aspetto critico che potrebbe sfociare in rilievi di responsabilità[65] è legato all'incertezza circa i parametri culturali, tecnologici, clinici e di autonomia[66]. Come già analiticamente descritto, le nuove linee guida sanciscono *in primis* che

---

[64] S. PILLON, *Telemedicina: le linee guida nazionali spiegate dal Prof. Sergio Pillon*, 6 Febbraio 2023, in *https://www.pharmastar.it/news/digital-medicine/telemedicina-le-linee-guida-nazionali-spiegate-dal-prof-sergio-pillon-40468*. Difatti il già citato Decreto del Ministero della salute del 21 settembre 2022 recita all'art. 1: «1. Sono approvate le «Linee guida per i Servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio», di cui all'art. 12, comma 15-*undecies*, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, riportate nell'allegato A al presente decreto, che costituisce parte integrante del medesimo.
2. Le Linee guida di cui al comma precedente stabiliscono i requisiti tecnici indispensabili per garantire l'omogeneità a livello nazionale e l'efficienza nell'attuazione dei servizi di telemedicina».

[65] Si v. G. PERRONE, C. BILOTTA, E. LO RITO, *et al.*, *E-health 4.0: buone pratiche cliniche e implicazioni medico-legali*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 1/2022, pp. 45-56; G. SINAGRA, *Osservanza delle linee guida e buone pratiche nella prospettiva dell'esercente la professione sanitaria*, in *Responsabilità medica*, 2017, n. 4, 539 ss.

[66] Le indicazioni sull'arruolabilità nelle linee guida indicano il primo dei responsabili nella "catena di giudizio": «L'eleggibilità clinica è a giudizio insindacabile del medico, che, in base alle condizioni cliniche e sociali del paziente, valuta se proporre al paziente i servizi di telemedicina (ad esempio, una visita di controllo in modalità televisita). Saranno, inoltre, valutate sia l'idoneità che la dotazione tecnologica di cui il paziente dispone (es. *smartphone* con caratteristiche adeguate all'istallazione di specifiche app per la televisita), e la capacità di utilizzo degli appositi *kit* per la telemedicina. In quest'ultimo caso può anche essere necessario un sopralluogo per verificare le caratteristiche fisiche, impiantistiche ed igieniche del domicilio del paziente. Contestualmente andranno verificati gli aspetti connessi con la *digital literacy* del paziente e/o del *caregiver* al fine di valutare l'appropriatezza dei dispositivi e il grado di autonomia nell'uso». Cfr. le linee guida approvate nel 2022 di cui al Decreto del Ministero della Salute, 21 settembre 2022, recante *Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio*, *cit.*, p. 40.

ISSN 2036-7821

l'eleggibilità clinica è a giudizio insindacabile del medico; tuttavia quest'ultimo avrà la necessità di ancorare la sua valutazione e decisione a linee guida in materia, a prove di evidenza, ai documenti relativi alla storia clinica del paziente[67]. Le evidenze (c.d. *evidence based practice*) sono attualmente minime e ciò in concreto disincentiva i medici a prescrivere una prestazione in teleassistenza o un telemonitoraggio, o un teleconsulto, senza evidenze diffuse che li sostengano. Altri aspetti della norma *de qua* trascendono la valutazione clinica: il medico non ha le competenze con riferimento all'idoneità delle dotazioni tecnologiche. Servirebbe piuttosto un *team* di ingegneri, anche ai fini della verifica e della certificazione della *digital literacy* anche con riferimento alle competenze digitali del paziente o del *caregiver*[68].

Altra nota di rilievo è che vengono riprese nelle linee guida alcune delle definizioni presenti nelle linee di indirizzo sulla telemedicina del 2014[69] e poi apparentemente completamente tralasciate nelle indicazioni del 2020: si fa riferimento a due tipologie di centri di competenza, indispensabili: il centro servizi ed il centro erogatore[70]. A tal proposito, non appare chiaro se si intenda fare riferimento solo al telemonitoraggio; verrebbe da ipotizzare che così non sia, considerato che nei documenti precedenti pubblicati dall'Agenas ed approvati in sede di Conferenza Stato-regioni[71], il centro

[67] Si v., in AiSDeT, nel *forum intersocietario, Gli stati generali della telemedicina*, 28 luglio 2022, consultabili *on line* alla pagina *https://www.aisdet.it/index.php/2022/07/28/bari-1516-settembre-stati-generali-della-telemedicina/*. Mentre alcune società scientifiche stanno cercando di portare avanti studi e *consensus* sulla telemedicina, ad esempio i diabetologi che sono molto avanzati anche grazie alle caratteristiche della patologia che ben si presta al telemonitoraggio, altre, ad esempio i gastroenterologi, non hanno molte evidenze su televisita, telemonitoraggio e teleconsulto.

[68] F. APERIO BELLA, *The Role of Law in Preventing "Remote" Defensive Medicine: Challenges and Perspectives in the Use of Telemedicine*, in *federalismi.it*, 1/2023, pp. 305-318.

[69] Cfr. Ministero della Salute, Telemedicina. *Linee di indirizzo nazionali*, 20 Febbraio 2014, contenente la terzultima versione delle linee guida sulla telemedicina, in *https://www.sa-lute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_2515_1_file.pdf.*

[70] Si v. ancora le linee guida approvate nel 2022 di cui al Decreto del Ministero della Salute, 21 settembre 2022, recante *Approvazione delle linee guida per i servizi di telemedicina - Requisiti funzionali e livelli di servizio*, *cit.*, 41-44. Nello specifico, viene definito che

«Per ogni infrastruttura regionale di telemedicina deve essere prevista la presenza di uno o più Centri servizi, con compiti prettamente tecnici, ed uno o più Centri erogatore, con compiti prettamente sanitari. Le due realtà, a seconda dei diversi contesti territoriali, possono anche coesistere in un'unica organizzazione. Il Centro servizi, gestito prevalentemente da personale tecnico, si fa carico di tutti gli aspetti tecnologici quali la manutenzione della piattaforma, la gestione degli account, l'*help desk* per tutti gli utenti presi in carico dall'infrastruttura regionale di telemedicina, il monitoraggio del corretto funzionamento (compresa la gestione dei messaggi di *alert* di tipo tecnico) dei dispositivi medici, la formazione sull'uso dei dispositivi medici ai pazienti/ caregiver. Al Centro servizi può altresì essere affidato il compito di distribuzione dei dispositivi medici al domicilio del paziente, la loro installazione, la manutenzione oltre che il ritiro e la sanificazione al termine del servizio. Il Centro erogatore, gestito prevalentemente da operatori sanitari, eroga le prestazioni di telemedicina per il monitoraggio dei pazienti; sono monitorati i parametri clinici e sono gestiti gli *alert* di tipo sanitario».

[71] PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Intesa tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante "Telemedicina - Linee di indirizzo nazionali"*, Repertorio Atti n. 16/CSR, 20 febbraio 2014, in *https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagine-Aree_2515_1_file.pdf*; cfr. altresì CONFERENZA DELLE REGIONI E PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E BOLZANO, doc. n. 20/167/CR06d/C7 del 10 settembre 2020,

ISSN 2036-7821

servizi è indispensabile anche nella televisita e nella teleassistenza. Quel che appare certo è che il centro erogatore è il centro sanitario, ossia la ASL stessa, il centro servizi è invece il *partner* tecnologico e dei servizi collegati. Dunque, il centro servizi non è dotato di infermieri o di medici, il centro servizi è un partner tecnico, il centro erogatore è un partner clinico. In qualche caso, queste due soggetti possono coesistere fisicamente nello stesso luogo ma con professionalità e ruoli ben diversi.

Un altro aspetto importante chiarito dalle nuove linee guida sulla telemedicina è relativo all'interrogativo per cui le piattaforme di televisita debbano necessariamente essere dei dispositivi medici certificati o meno. A tal proposito, le linee guida, come già accennato, sanciscono *expressis verbis* che: «Ove nel servizio di Televisita vengano usati dei dispositivi medici, anche in questo caso, come indicato sopra per il Teleconsulto/Teleconsulenza, il *software* e l'*hardware* per l'erogazione del servizio dovrà essere certificato come dispositivo medico con adeguata classe di rischio nell'ambito della infrastruttura regionale di telemedicina». Pertanto, soltanto se si utilizzano dispositivi medici nel servizio devono essere certificate come dispositivi medici anche le piattaforme o le *App* di televisita[72], teleconsulto, teleassistenza, ma se, ad es., si chiede ad un paziente o al *caregiver* o all'infermiere della RSA di misurare la pressione sanguigna e di comunicare a voce il dato, non serve la certificazione come dispositivo medico per la piattaforma. Aver chiarito tale aspetto è fondamentale per superare la confusione e l'incertezza generata nelle Indicazioni nazionali sulla telemedicina del 2020 che dichiaravano, con riferimento agli elementi e *standard* necessari per le prestazioni sanitarie a distanza, la certificazione dell'*hardware* e/o del *software*, come dispositivo medico, idonea alla tipologia di prestazione in telemedicina.

Pertanto, alla luce delle ultime linee guida sulla telemedicina del 2022, l'obbligo di certificazione sussiste solo se si utilizzano dispositivi medici integrati nella piattaforma.

Un'ulteriore novità racchiusa nelle ultime linee guida consiste nell'enucleazione di due diverse tipologie di telemonitoraggio. In linea con la descrizione già effettuata, il livello 1 di telemonotoraggio è potenzialmente per ogni tipologia di dispositivo, ossia per i dispositivi multiparametrici, per quelli indossabili, di automisurazione, valutabili anche dal medico di medicina generale e comunque senza bisogno di valutazione dei dati dei dispositivi da parte di uno specialista. Il livello 2, avanzato, è invece per dispositivi più particolari, ad es. l'*holter* che però non viene menzionato nelle nuove linee guida. Tuttavia alcuni tipi di telemonitoraggio sfuggono a questa

---

recante «*Erogazione delle prestazioni di specialistica ambulatoriale a distanza - Semplificazione all'accesso alle cure - Televisita*», in *http://www.regioni.it/download/conferenze/618444/*.

[72] G. BINCOLETTO, *"mHealth app" per la televisita e il telemonitoraggio. Le nuove frontiere della telemedicina tra disciplina sui dispositivi medici e protezione dei dati personali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 4/2021, pp. 381-407.

ISSN 2036-7821

classificazione: ad es. il monitoraggio di un dispositivo di assistenza ventricolare (VAD), come rilevato da acuta dottrina[73].

Conclusivamente, pur essendo riportati molti requisiti tecnici ingnegneristici di dettaglio, necessari nella comprensione della multidisciplinarietà che caratterizza la telemedicina, le nuove linee guida, pur lasciando aperti alcuni interrogativi giuspubblicistici[74] che verranno *more solito* probabilmente chiariti dalla giurisprudenza o da un ulteriore e successivo intervento del legislatore[75], hanno il merito di aver previsto regole chiare ed esplicite su alcuni aspetti basilari e decisivi ai fini dello sviluppo di soluzioni e percorsi di telemedicina[76], in linea coi finanziamenti previsti all'interno del PNRR[77] ai fini della creazione di una piattaforma nazionale o di piattaforme federate, attraverso l'adozione di uno *standard* per la modernizzazione e l'efficienza amministrativa del sistema sanitario pubblico digitale[78].

[73] S. PILLON, *Telemedicina: le linee guida nazionali spiegate dal Prof. Sergio Pillon*, 6 Febbraio 2023, *cit.*

[74] M.G. LOSANO, *La lunga marcia dell'informatica nelle istituzioni italiane*, in R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, XXIV.

[75] C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 4, 871 ss.

[76] A. MASCOLO, *La sfida della sanità digitale nel post pandemia*, 2020, in *https://www.irpa.eu/la-sfida-della-sanita-digitale-nel-post-pandemia/*.

[77] Si v. da ultimo Corte dei Conti, Deliberazione n. 13/2023/CCC, COLLEGIO DEL CONTROLLO CONCOMITANTE PRESSO LA SEZIONE CENTRALE DI CONTROLLO SULLA GESTIONE DELLE AMMINISTRAZIONI DELLO STATO, 13 Aprile 2023, che accerta una serie di criticità sul Progetto "Salute. Casa come primo luogo di cura e telemedicina" - PNRR (M6C1 – 1.2) e raccomanda al Ministero della Salute di adottare le opportune iniziative al fine di scongiurare eventuali ritardi che possano pregiudicare il raggiungimento degli imminenti *target* europei.

[78] Si v. le lucide considerazioni di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.*, in *Diritto Pubblico*, 3/2016, pp. 1019-1041.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Diritto alla privacy e accesso agli atti del fascicolo telematico processuale da parte di terzi-giornalisti: *"quo vadis"* Italia?

di Alessandra Amore

(Assegnista di ricerca, presso l'Università degli studi di Palermo - Dipartimento di Giurisprudenza)

Sommario

1. Premessa. -2.Gli artt. 51 e 52 del Codice *privacy* e l'(in)accessibilità dei dati identificativi pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria. -3.Il diritto di accesso agli atti del fascicolo telematico processuale "negato" al terzo: un'analisi della giurisprudenza amministrativa. -4.Inquadramento normativo del diritto di accesso documentale e il diritto di accesso civico generalizzato del giornalista. -5.La possibile collisione tra il quadro normativo-giurisprudenziale nazionale e gli art. 10 Cedu e 11 Cdfue. -6.Brevi conclusioni.

Abstract

In this work, we want to try to examine what might be – today – the consequences of a contrast between the national legislation, artt. 51 and 52 of 30 June 2003, n. 196 (so-called Privacy Code) and art. 17 of the d.P.C.M. of 16 February 2016, n. 40, and the European legislation, art. 55 of the Privacy Regulation of 25 May 2016, n. 679, regarding the relationship between the protection of personal data, the right of access to the deeds of the electronic file of the administrative process by third parties (here of interest to journalists) and the right to information.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

«Nata come diritto dell'individuo borghese a escludere gli altri da ogni invasione della propria sfera privata, la tutela della privacy si è sempre più strutturata come diritto di ogni persona al mantenimento del controllo sui propri dati, ovunque essi si trovino. Questo passaggio dall'originaria nozione di privacy, ancorata soltanto al criterio dell'esclusione dell'altro e trasformatasi nel diritto di seguire le proprie informazioni e opporsi alle interferenze, corrisponde a un mutamento profondo delle modalità di invasione nella sfera privata (…)»[1]. A differenza che in passato, prosegue Rodotà, «oggi le occasioni di violazione o di semplici interferenze accompagnano quasi ogni momento della nostra vita quotidiana, continuamente "monitorata", tenuta sotto osservazione, implacabilmente registrata»[2].

La problematica appena accennata involge l'annosa questione della tutela dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali, per qui di interesse il diritto alla *privacy* e il diritto di informazione, art. 21 Cost., intesi - come sostenuto in dottrina - «come una perdita non compensata, risolvendosi in un arretramento della tutela dei diritti fondamentali (…), (oppure come) espansione dei meccanismi e delle tecniche di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali (…)»[3].

Muovendo da tale contesto, si vuole provare a esaminare quali possano essere - oggi - le conseguenze di un contrasto tra la normativa nazionale, artt. 51 e 52 del 30 giugno del 2003, n. 196, sì come modificati con d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 (da qui in poi anche Codice della *privacy*) e l'art. 17 del d. P.C.M. del 16 febbraio del 2016, n. 40, "Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico", e la normativa europea, art. 55 del Regolamento sulla *privacy* del 25 maggio 2016, n. 679, in ordine al rapporto tra la tutela dei dati personali, il diritto di accesso agli atti del fascicolo telematico del processo amministrativo da parte dei terzi (per qui di interesse giornalisti) e il diritto di informazione[4].

---

[1] S. RODOTÀ Il diritto alla conoscenza, in Relazione conclusiva al Seminario della Scuola per Librai tenutosi presso la Fondazione Cini, Venezia, in www.scuolalibraiuem.it.

[2] S. RODOTÀ Il diritto alla conoscenza, in Relazione conclusiva al Seminario della Scuola per Librai tenutosi presso la Fondazione Cini, Venezia, cit.

[3] P. CARETTI, I diritti e le garanzie, in www.aic.it. Ancora si rinvia a: S. RODOTÀ, Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive, in Pol. dir., 1991, p. 521 ss.; Id., Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy, in Eur. dir. priv., 2004, p. 3 ss.; Id., Controllo e privacy della vita quotidiana. Dalla tutela della vita privata alla protezione dei dati personali, in Riv. crit. dir. priv., 2019, 1, p. 9 ss.; Id., Riservatezza, Treccani, 2021, p. 20 ss.

[4] Per ulteriori approfondimenti in tema di Regolamento privacy, si rinvia a F. PIZZETTI, Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo, I, Torino, 2016; Id., Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679, II, Torino, 2016; S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), La nuova disciplina europea della privacy, Padova, 2016; G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO (a cura di), Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive, Roma 2016; L. BOLOGNINI, E. PELLINO, C. BISTOLFI (a cura di), Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali, Milano, 2016; G. FINOCCHIARO

ISSN 2036-7821

Per una più completa indagine del tema, pare opportuno muovere da alcune sentenze della Corte di giustizia europea e della giurisprudenza amministrativa. In particolare, ci si riferisce, anzitutto, alla sentenza del 24 marzo 2022, n. 245 con la quale la prima sezione della Corte di giustizia europea ha affermato che l'accesso agli atti processuali da parte dei *media* e l'acquisizione, seppur temporanea, dei dati inseriti nel fascicolo processuale rientrano nella politica di comunicazione degli organi giurisdizionali, per consentire ai giornalisti la copertura mediatica. E così, il paragrafo 3 dell'art. 55 del Regolamento 2016/679 dispone che «(…) il fatto che un organo giurisdizionale metta temporaneamente a disposizione dei giornalisti documenti di un procedimento giurisdizionale, contenenti dati personali, al fine di consentire loro di riferire in modo più completo sullo svolgimento di tale procedimento, rientra nell'esercizio, da parte di tale organo giurisdizionale, delle sue funzioni giurisdizionali»[5].

(a cura di), Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali, Bologna, 2017; L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679, Napoli, 2017; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), GDPR e Normativa Privacy. Commentario, Milano, 2018. Ancora per ulteriori approfondimenti sulla riservatezza e dati personali:

LONG, M. P. QUEK, Personal Data Privacy Protection in an Age of Globalization: The US-EU Safe Harbor Compromise, in Journal of European Public Policy, 2002, 3, p. 335; G. TIBERI, Riservatezza e protezione dei dati personali, in M. CARTABIA (a cura di), I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, Bologna, 2007, p. 378; O. POLLICINO, M. BASSINI, La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella reasoning dei giudici di Lussemburgo, in G. RESTA, V.ZENO-ZENCOVICH (a cura di), La protezione transnazionale dei dati personali. Dai «safe harbour principles» al «privacy shield», Roma, 2016, p. 88; R. DUCATO, La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), Le definizioni nel diritto, Napoli, 2016, p. 151; S. SALUZZO, The EU as a Global Standard Setting Actor: The Case of Data Transfers to Third Countries, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (a cura di), Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law, Springer Nature Switzerland, Cham, 2019, p. 129.

[5] La sentenza del 24 marzo 2022, n. 245, pronunciata dalla prima sezione della Corte di Giustizia Europea, trae origine dall'accoglimento, da parte del Consiglio di Stato olandese, dell'istanza di accesso presentata da un giornalista per visionare gli atti di un fascicolo processuale, per finalità mediatiche. Precisamente, nelle more dell'udienza, le parti del giudizio hanno contestato che un reporter disponesse di documenti processuali (i.e. ricorso, controricorso ed eventualmente una copia della decisione giudiziaria impugnata) contenenti dati sensibili (i.e. nome, indirizzo, ed il numero di identificazione della parte interessata). Presa contezza di quanto sopra, gli interessati hanno chiesto al Garante della privacy olandese l'adozione di misure di applicazione delle norme in materia di protezione dei dati personali, poiché l'accesso consentito dall'autorità giudiziaria aveva violato il Regolamento 2016, n. 679; la richiesta avanzata è stata rigettata, poiché l'Autorità s'è ritenuta incompetente a controllare le operazioni di trattamento di dati personali effettuate dall'autorità giurisdizionale, ex art. 55 del predetto Regolamento. La decisione del Garante della privacy è stata impugnata dinanzi al Tribunale olandese il quale – interrogandosi sull'effettiva interpretazione e portata dell'art. 55, par. 3, del Regolamento – ha ritenuto di sollevare la seguente questione pregiudiziale: «se l'articolo 55, paragrafo 3, del regolamento 2016/679 debba essere interpretato nel senso che si può considerare rientrante tra i trattamenti effettuati dalle autorità giurisdizionali nell'esercizio delle loro "funzioni giurisdizionali" la possibilità, offerta da un organo giurisdizionale, di prendere visione di atti processuali in cui figurano dati personali, possibilità che viene concessa mettendo a disposizione di un giornalista copie degli atti processuali in parola, come descritto nella ordinanza di rinvio. Se sia rilevante per la risposta a tale questione se l'esercizio del controllo, da parte

ISSN 2036-7821

In senso contrario, invece, la giurisprudenza amministrativa - come si proverà a mettere in luce nei successivi paragrafi - esclude a terzi estranei al processo amministrativo la possibilità di prendere visione ed estrarre copia degli atti prodotti nelle more del giudizio dalle parti private, mentre a quelli qualificabili come atti amministrativi, detenuti dall'Amministrazione depositaria, si applica la disciplina interna in tema di accesso agli atti[6].

Senonché, l'indirizzo giurisprudenziale appena richiamato non sarebbe esente da criticità.

Se il giornalista chiede di accedere ai documenti amministrativi detenuti dall'Amministrazione depositaria, quale disciplina dovrà invocare? La legge 7 agosto del 1990, n. 241, che disciplina il c.d. accesso procedimentale, ovvero il d.lgs. 14 marzo del 2013, n. 33, in materia di accesso c.d. civico? E ancora: la scelta giurisprudenziale di consentire ai terzi giornalisti la possibilità di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi delle parti private del processo, solo previo consenso di queste ultime, configurerebbe una ingiusta compressione del diritto di informazione?

Ulteriori interrogativi riguardano il modo in cui si pone tale scelta giurisprudenziale nello scenario europeo. In altri termini, l'art. 17 del d.P.C.M. 2016, n. 40 e l'interpretazione delle norme in tema di accesso agli atti processuali fornita dal giudice amministrativo nazionale potrebbero collidere con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia europea in ordine all'art. 85 del Regolamento *privacy*. E se la risposta fosse in senso affermativo, si produrrebbero sul piano applicativo non poche implicazioni giuridiche.

Chiarito l'obiettivo dell'indagine, pare opportuno richiamare brevemente le principali norme che costituiscono il fondamento di diritto positivo del tema oggetto di analisi.

2. Gli artt. 51 e 52 del Codice privacy e l'(in)accessibilità dei dati identificativi pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria

dell'Autorità nazionale di controllo, su tale forma di trattamento dei dati incida sull'indipendenza del processo decisionale del giudice in fattispecie concrete. Se sia rilevante per la risposta a tale questione la circostanza che, secondo l'organo giurisdizionale, la natura e la finalità del trattamento dei dati sia informare un giornalista al fine di metterlo in condizione di dare un migliore resoconto dell'udienza pubblica in un procedimento giurisdizionale, contribuendo così a tutelare l'interesse alla pubblicità e alla trasparenza della giustizia. Se sia rilevante per la risposta a tale questione se il trattamento dei dati sia fondato su una esplicita base di diritto nazionale».

[6] Cfr. C.g.a.r.s., ord., 25 marzo 2022, n. 24: «l'accesso del terzo ad un fascicolo processuale, relativo a una causa giudiziaria amministrativa, non è equiparabile all'accesso a documenti amministrativi, non essendo il processo, per definizione, un procedimento amministrativo, bensì "inter alios", rispetto al quale l'accesso a terzi è consentito solamente in presenza di presupposti rigorosi», in Diritto & giustizia 2022; C.g.a.r.s., 8 giugno 2022, n. 164; C.g.a.r.s., 11 marzo 2020, n. 150, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

Com'è noto, il principio di riservatezza e il diritto alla tutela dei dati personali sono disciplinati nel panorama sovranazionale dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dall'art. 16, primo e secondo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, secondo cui ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano.
Nell'ordinamento giuridico italiano la disciplina in tema di tutela dei dati personali, ivi compresi quelli contenuti nei provvedimenti giurisdizionali, è racchiusa - come già anticipato - nel d.lgs. n. 196 del 2003, recante "Codice in materia di protezione dei dati personali", in conformità al Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (relativo alla protezione delle persone fisiche con riferimento al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali). In particolare, il legislatore nazionale prevede l'oscuramento "obbligatorio" dei dati che rilevino «l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché dati genetici (…) intesi a identificare in maniera univoca la persona». A ciò si prevede anche l'oscuramento dei dati relativi a eventuali condanne penali, reati e misure di sicurezza, art. 10 cit.
Ciò in quanto, parafrasando Rodotà, «senza una forte tutela delle informazioni che le riguardano, le persone rischiano sempre di più d´essere discriminate per le loro opinioni, credenze religiose, condizioni di salute: la *privacy* si presenta così come un elemento fondamentale dalla società dell'eguaglianza una forte tutela dei dati riguardanti le convinzioni politiche o l´appartenenza a partiti, sindacati, associazioni, i cittadini rischiano d´essere esclusi dai processi democratici: così la *privacy* diventa una condizione essenziale per essere inclusi nella società della partecipazione»[7]. Ne deriva, quindi, che «senza una forte tutela (…) dell´insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo»[8]. E allora la *privacy* «è uno strumento necessario per difendere la società della libertà, e per opporsi alle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale»[9].
Così chiarito, se ragioni di sinteticità non consentono di esaminare dettagliatamente l'architettura del Codice della *privacy* è sufficiente puntualizzare in tale lavoro che la divulgazione e dunque l'accesso alle pronunce giurisdizionali, per finalità di informazione, è disciplinata dagli artt. 51 e 52 del Codice sulla *privacy*.
Nello specifico, l'art. 51 del Codice della *privacy* consente la diffusione e l'accessibilità dei provvedimenti giudiziari - ivi compresi i dati identificativi delle questioni pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado - a chiunque vi abbia interesse anche mediante reti di comunicazione elettronica, ivi compreso il sito

[7] S. RODOTA', Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati, in www.garanteprivacy.it., p. 1 ss.
[8] S. RODOTA', Privacy, libertà, dignità, o.u.c., p. 1 ss.
[9] S. RODOTA', Privacy, libertà, dignità, o.u.c. p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

istituzionale della medesima autorità nella rete internet, «fermo restando quanto previsto dalle disposizioni processuali concernenti la visione e il rilascio di estratti e di copie e di atti e documenti»; il comma 2 stabilisce, inoltre, che «le sentenze e le altre decisioni dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado depositate in cancelleria o segreteria sono rese accessibili anche attraverso il sistema informativo e il sito istituzionale della medesima autorità nella rete Internet, osservando le cautele previste dal presente capo».

Spostando l'attenzione poi sull'art. 52 del Codice della *privacy*, si colgono i limiti alla diffusione del contenuto, integrale o parziale, delle sentenze e in generale degli altri provvedimenti giurisdizionali. In particolare, la norma stabilisce che: «l'interessato può chiedere per motivi legittimi […] prima che sia definito il relativo grado di giudizio, che sia apposta […] sull'originale della sentenza o del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento»[10]; e precisa, inoltre, che, «chiunque diffonde sentenze o altri provvedimenti giurisdizionali dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado è tenuto ad omettere […] le generalità, altri identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali può desumersi anche indirettamente l'identità di minori, oppure delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone».

In altre parole, il precetto normativo in esame si cura di legiferare le modalità operative per l'oscuramento dei dati identificativi contenuti nei provvedimenti giudiziari, distinguendo due ipotesi.

Nella prima l'oscuramento dei dati personali è disposto dal giudice solo su richiesta di parte e previa valutazione circa la sussistenza e meritevolezza dei motivi per i quali la pronuncia giurisdizionale dovrebbe derogare al principio di pubblicità degli atti[11].

Nella seconda fattispecie, invece, l'anonimizzazione è obbligatoria ed è disposta d'ufficio, quando riguarda dati identificativi, ovvero altri dati relativi a terzi dai quali si possa venire a conoscenza di dati identificativi di minori o di parti nei procedimenti relative all'ambito della famiglia o stato di persone.

[10] Per quanto concerne la legittimazione alla proposizione dell'istanza ex art. 152 del 196 del 2003, cfr. Cass.civ., 7 agosto 2020, n.16807: «in tema di diritto all'anonimato delle parti in giudizio o dei soggetti interessati garantito dall'art. 52 d.lgs. n. 196 del 2003 nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica, per effetto delle modifiche apportate dall'art. 40 d.l n. 201 del 2011, conv. in l. n. 214 del 2011 […] riveste la qualità di interessato, legittimato a presentare l'istanza di anonimizzazione delle generalità e degli altri dati identificativi, solamente la persona fisica, la quale può proporla in presenza di motivi legittimi, da intendersi come motivi opportuni», in www.cortedicassazione.it.

[11] G. RESTA, Privacy e processo civile, in Dir. inf. infor., 2005, p. 681 ss.

ISSN 2036-7821

Da quanto sopra derivano due ulteriori considerazioni: mentre nella prima tipologia di fattispecie esaminate, il legislatore ha compiuto a monte, in sede di predisposizione del d.lgs. n. 196 del 2003, il corretto bilanciamento tra gli interessi pubblici sottesi alla divulgazione delle sentenze e il diritto di riservatezza, facendo prevalere quest'ultimo solo laddove la lesione del medesimo si presenti significatamene incisiva, per la delicatezza e l'intimità delle situazioni oggetto di controversia e/o per la qualità soggettiva di una delle parti coinvolte.
Nella seconda categorie di fattispecie, invece, l'oscuramento è fonte di un giudizio di bilanciamento a valle compiuto dal giudice intorno alla fondatezza dei motivi legittimi, posti a fondamento dell'istanza presentata dal privato.
Chiarite quindi le modalità di oscuramento dei dati contenuti nei provvedimenti giurisdizionali, l'attenzione si pone sull'art. 51 d.lgs. n. 196 del 2003.

3. Il diritto di accesso agli atti del fascicolo telematico processuale "negato" al terzo: un'analisi della giurisprudenza amministrativa

Da un'attenta lettura dell'art. 51 d.lgs. n. 196 del 2003 se nessun dubbio sorge in ordine all'ostensione delle sentenze del giudice, qualche incertezza, invece, si riscontra - nel silenzio della legge - con riferimento agli atti difensivi delle parti inserite nel fascicolo telematico processuale.
Ebbene, prima di comprendere se siano o meno accessibili gli atti delle parti contenuti nel fascicolo occorre, preliminarmente, precisare che esso si qualifica come la versione informatica del fascicolo processuale, *ex* art. 4 dell'All. 2 "Norme di attuazione" del codice del processo amministrativo.
L'art. 5 del d.P.C.M n. 40 del 2016 precisa che »il fascicolo processuale è tenuto sotto forma di fascicolo informatico», comma 1, il quale «contiene tutti gli atti, gli allegati, i documenti e i provvedimenti del processo amministrativo in forma di documento informatico, ovvero le copie per immagine su supporto informatico dei medesimi atti», comma 2 cit. Proseguendo nella lettura, l'art. 5 del d.P.C.M. in esame indica tutte le informazioni e tutti gli atti, documenti, e provvedimenti in formato digitale contenuti nel fascicolo, quali: l'ufficio titolare del ricorso, preposto alla gestione del fascicolo medesimo e a correggere e aggiornare i dati ivi inseriti; il numero del ricorso; l'oggetto sintetico del ricorso; i dati identificativi delle parti e dei difensori; l'elenco dei documenti contenuti, anche depositati in forma cartacea, ai sensi dell'art. 9, comma 8, cit.
In esso sono racchiuse, altresì, informazioni relative: ai componenti del Collegio e ai suoi ausiliari, alle parti e ai difensori; all'oggetto del ricorso per esteso, consistente nella precisa indicazione dei provvedimenti impugnati e/o dell'oggetto della domanda proposta nonché l'indicazione della materia del ricorso; alle comunicazioni di Segreteria nonché le relative ricevute di PEC; alle camere di consiglio e le udienze;

ISSN 2036-7821

ai ricorsi collegati; ai provvedimenti impugnati; alle spese di giustizia; al patrocinio a spese dello Stato, *ex* art. 5, co. 4, d. P.C.M. n. 40 del 2016.

Nel fascicolo confluiscono, quindi, sia atti delle parti sia provvedimenti giurisdizionali (i.e. sentenze, ordinanze cautelari, decreti): mentre questi ultimi sono accessibili da chiunque vi abbia interesse, anche senza essere parte del giudizio (*ex* artt. 7 disp. att. c.p.a. e art. 744 c.p.c.), l'altra tipologia di documenti può essere oggetto di ostensione solo dalle parti del giudizio.

A fondamento di tale considerazione, la giurisprudenza amministrativa vi pone una triplice motivazione: anzitutto, l'art. 17, co. 3, del d. P.C.M. n. 40 del 2016 consente l'accesso ai documenti ai «difensori muniti di procura, agli avvocati domiciliatari, alle parti personalmente nonché, previa autorizzazione del Giudice, a coloro che intendano intervenire volontariamente nel giudizio»[12].

In secondo luogo, mentre gli eventuali documenti amministrativi contenuti nel fascicolo processuale sono accessibili secondo le regole e i limiti del diritto di accesso ai documenti amministrativi presso l'Amministrazione depositaria. Gli atti processuali privati, invece, non sono suscettibili di ostensione per assenza di un'espressa previsione normativa sul tema; pertanto, il soggetto interessato può acquisirli dal privato che li ha formati solo con il suo consenso, secondo le regole del diritto civile.

Infine, pur volendo qualificare gli atti difensivi prodotti dalla P.A. resistente (i.e. quelli redatti dall'Avvocatura Pubblica o dello Stato, *ex* art. 2, co. 1, lett. b), d.P.C.M. n. 200 del 1996) come documenti amministrativi, l'ostensione sarebbe comunque esclusa, poiché contengono dati sensibili «o comunque afferenti alla vita privata o a segreti commerciali o industriali, ovvero a strategie processuali della parte», incorrendo dunque nel rischio di violare il diritto alla riservatezza ove fosse consentita l'ostensione di tali documenti.

In conclusione, quindi, secondo il giudice amministrativo sarebbero accessibili soli gli atti giudiziari divulgabili, come i provvedimenti del giudice, previa omissione dei dati personali (art. 52, d.lgs. n. 196/2003)[13].

---

[12] A ciò si aggiunga che l'art. 17 del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato – recante "Regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico […]" - n. 134 del 2020, all. 1 e 2 - puntualizza che: l'accesso ai documenti del fascicolo informatico dei procedimenti come risultanti dal SIGA «è altresì consentito ai difensori muniti di procura, agli avvocati domiciliatari, alle parti personalmente nonché previa autorizzazione del Giudice a coloro che intendano intervenire volontariamente nel giudizio». Per ulteriori approfondimenti in tema di accesso agli atti del fascicolo telematico processuale si rinvia a: T.a.r. Roma, sez. II bis, d.p., 24 aprile 2023, n. 2151; T.a.r. Roma, sez. I, d.p., 21 aprile 2023, n. 6949; T.a.r. Roma, sez. II, d.p., 30 marzo 2023, n. 1809; T.a.r. Roma, sez. II, 1 marzo 2023, n. 1184; T.a.r. Roma, sez. III ter, 19 luglio 2022, n. 10313, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[13] Cfr. la giurisprudenza della nota n. 5; ex multis, cfr. T.a.r. Roma, sez. III, 24 marzo 2021, n. 3553, in www.giustizia-amministrativa.it.; T.A.R. Napoli, sez. VI, 3 luglio 2020, n. 2862: «in presenza di una richiesta di accesso avente ad oggetto atti inerenti un procedimento giudiziario e non amministrativo (procedura esecutiva nella forma del pignoramento presso terzi), non soccorre il modello normativo delineato dagli artt. 22 e ss., l. n.

ISSN 2036-7821

È agevole comprendere come tale orientamento giurisprudenziale radicherebbe il proprio fondamento nell'esigenza di salvaguardare la riservatezza della vita privata, *ex* art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., intesa come diritto a mantenere intima, inviolata la sfera privata di ogni individuo, a restare nell'anonimato, a impedire a terzi l'accesso a informazioni individuali nonché ogni forma di intrusione mediatica[14].

Purtuttavia, l'indirizzo giurisprudenziale appena richiamato - come già accennato in premessa - offre degli spunti interessanti invitandoci a riflettere, in particolar modo, intorno a tre ambiti.

In primo luogo, occorre chiarire quale disciplina si potrà applicare laddove il giornalista chieda di accedere ai documenti amministrativi detenuti dall'Amministrazione depositaria, se, come già ricordato, la l. n. 241 del 1990 o il d.lgs. n. 33 del 2013. L'ulteriore questione, anche questa già evocata, riguarda la possibilità che l'accesso ai documenti prodotti dalle parti processuali, da parte del giornalista e solo previo consenso delle parti medesime, possa comportare, nei termini anzidetti, una ingiusta compressione del diritto di informazione. Infine, occorre valutare come si pone tale scelta giurisprudenziale nello scenario europeo. In altri termini, l'art. 17 del d. P.C.M n. 40 del 2016 e l'interpretazione delle norme in tema di accesso agli atti processuali fornita dal giudice amministrativo nazionale rischia di generare un corto circuito con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia europea in ordine all'art. 85 del Regolamento *privacy*, con potenziali implicazioni giuridiche sul piano applicativo.

Ciò precisato, la riflessione prosegue con la trattazione in ordine temporale degli interrogativi precitati.

4. Inquadramento normativo del diritto di accesso documentale e il diritto di accesso civico generalizzato del giornalista.

Prima dell'introduzione dell'accesso civico generalizzato, con l'approvazione del d.lgs. n.97 del 2016, il giornalista che intendeva accedere ai documenti detenuti dalla

241/1990; l'accesso agli atti e ai documenti amministrativi è, infatti, ammissibile solo se ha ad oggetto documenti ed attività qualificabili come amministrative, quanto meno in senso oggettivo e funzionale, anche se espresse mediante atti di diritto privato», in Red. giuffré 2020; T.a.r. Roma, sez. I, 27 settembre 2018, n. 9593: «non è irragionevole, nell'ottica della tutela della privacy, che l'accesso al fascicolo processuale sia circoscritto alla parte o al suo avvocato, tenuto a segreto professionale, in luogo dei terzi, dato che il rilascio di credenziali informatiche – allo stato a differenza dell'attività precedente di mera ricezione di notificazioni/comunicazioni e di deposito di copie cartacee presso la cancelleria/segreteria di un Tribunale o di una Corte – consente di entrare nel contenzioso e leggere il contenuto di atti e documenti», in Foro amm. (Il), 2018, 9, p. 1528.

[14] Per un commento a tal disposizione si rinvia a: F. DONATI, Protezione dei dati personali, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bologna, 2001, p. 83; J. RIDEAU, Droit institutionnel de l'Union et des Communauteés européenne: Commentaire article par article, Bruxelles, 2018.

ISSN 2036-7821

P.A. poteva presentare un'istanza di accesso documentale, *ex* art. 22 ss. l. n. 241 del 1990[15].

Senonché, sin dalle prime applicazioni della l. n. 241 del 1990, l'assenza di un precetto normativo che si occupasse espressamente della legittimazione attiva dei giornalisti all'accesso documentale ha posto sin da subito l'interprete di fronte alla difficoltà di risolvere il dissidio tra due esigenze apparentemente inconciliabili: da un lato, quella di riconoscere il diritto di accesso anche ai giornalisti, che in quanto titolari di una libertà costituzionale, *ex* art. 21 Cost., hanno la necessità di acquisire dati e informazioni dalla P.a.; dall'altro, quella che, nel rispetto di un'interpretazione

[15] Per quanto riguarda l'accesso documentale, cfr.: A. ROMANO TASSONE, A chi serve il diritto d'accesso (Riflessioni su legittimazione e modalità d'esercizio del diritto d'accesso nella l. n. 241 del 1990), in Dir. amm., 1995, 3, p.315;M. MAZZAMUTO, La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto d'accesso, in Dir. proc. amm., 1995, p. 96; M. CLARICH, Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale, in Dir. proc. amm., 1996, p. 430 ss.; C. FRANCHINI, Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale, in Dir. amm., 1996, 9, p. 823 ss.; M. MAZZAMUTO, Riservatezza versus accesso: una superfetazione legislativa del bisticcio, in Nuove autonomie, 1999, 5-6, p. 820 ss.; M. A. SANDULLI, Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi, in Enc. dir., IV, Agg., Milano, 2000, p. 1 ss.; C. E. GALLO, S. FOA', Accesso agli atti amministrativi, in Dig. disc. pubbl., 2000, p. 10; F. ROTA, Diritto di accesso e soggetti privati, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento, Torino, 2005, p. 89 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Diritto di accesso e interesse pubblico, Napoli, 2006, p. 49 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Il diritto di accesso dopo la legge 15/2005, in M. P. CHITI (a cura di) I principi generali dell'azione amministrativa, Napoli, 2006, p. 189 ss. M. OCCHIENA, La necessaria riforma del diritto di accesso, in L. R. PERFETTI, Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia e legalità e amministrazione di risultato, Padova, 2008, p. 141 ss.; F. LOMBARDI, A. DE SIANO, Riflessioni brevi sulla perdurante vitalità del diritto di accesso documentale alla luce del suo rapporto con il potere istruttorio del g.o., in Amministrativ@mente, 2020, 3, p. 261 ss. Sul diritto di accesso nell'Ue, invece, per ulteriori approfondimenti si rinvia a: L. LIMBERTI, La natura giuridica del diritto di accesso resta "sospesa" tra principio democratico e poteri di autoorganizzazione delle istituzioni comunitarie, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, p. 1227 ss.; A. SANDULLI, L'accesso ai documenti nell'ordinamento comunitario, in Giorn. dir. amm., 1996, p. 448 ss.; M.P. CHITI, The Right of Access to Community Information under the Code of Practice: the Implications for Administrative Development, in European Public Law, 1996, p. 363 ss.; R. CARANTA, Il diritto di accesso alle informazioni nel diritto europeo, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2003, p. 859 ss.; D.M. CURTIN, P. LEINO e SANDBERG, OPENNESS, Transparency and the Right of Access to Documents in the EU. In-Depth Analysis, EUI Working Paper, 2016, 63, p. 7 ss. Spostando l'attenzione sul d.lgs. n. 97 del 2016, come è noto, apportando significative modifiche al d.lgs. n. 33/2013, ha introdotto l'istituto dell'accesso civico generalizzato. Sul punto per un approfondimento sul FOIA, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr.: M. SAVINO, Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo, in Giorn. dir. amm., 2016, 5, p. 593 ss.; B. PONTI, Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni, Rimini, 2016, p. 11 ss.; E. CARLONI, Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la preesistente centralità degli obblighi di pubblicazione, in Dir. amm., 2016, 4, p. 579 ss.; C. COLAPIETRO, La "terza generazione" della trasparenza amministrativa. Dall'accesso documentale, all'accesso generalizzato, passando per l'accesso civico, Roma, 2016, 11 ss.; S. CASSESE, L'evoluzione della normativa sulla trasparenza, in Giorn. dir. amm., 2018, Speciali digitali, p. 1 ss. Per un approfondimento sul FOIA, invece, in prospettiva comparata, si rinvia a: H.N. FORESTEL, Freedom of Information and the Right to Know: the Origins and Applications of the Freedom of Information Act, Fairford, 1999; H. KRANENBORG e W. VOERMANS, Access to Information in European Union. A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation, Groningen, 2006; R. HAZELL e B. WORTHY, Evaluate the performance of the FOI in Different countries, Quarterly Govern. Inform., 2010, p. 352 ss.; D. BERLINER, A. INGRAMS e S.J. PIOTROWSKI, The Future of FOIA in an Open Government World: Implications of the Open Government Agenda for Freedom of Information Policy and Implementation, Villanova L. R., 5, 2019, p. 876 ss.

ISSN 2036-7821

restrittiva della locuzione "soggetti portatori di interessi pubblici o diffusi", riconosceva la legittimazione a presentare l'istanza di accesso solo ai titolari di un interesse personale "diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata", *ex* art. 22 della l. n. 241 del 1990. Da tale ultima considerazione, quindi, sembrava piuttosto arduo riconoscere la legittimazione attiva in favore di organi di informazione.

Nel corso del tempo, però, come testimonia l'analisi della giurisprudenza amministrativa di seguito condotta, tale *gap* è stato colmato attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 21 della l. n. 241 del 1990, *ex* art. 21 Cost., grazie alla quale il giornalista che voleva accedere ai documenti amministrativi non avrebbe dovuto dimostrare di essere titolare di un interesse diretto, concreto e attuale, in senso "individualistico".

Sul punto, si richiama, anzitutto, la sentenza del 6 maggio del 1996, n. 570 con la quale la quarta sezione del Consiglio di Stato ha affermato che nel nostro ordinamento esistono disposizioni normative che riconoscano una posizione di legittimazione attiva agli organi di stampa. Dette norme sono da individuarsi sia nell'art. 21 Cost., dal quale emerge il riconoscimento della funzione fondamentale (di controllo del potere politico e di guida dell'opinione pubblica) che alla stampa è assegnata in un regime democratico, sia negli accordi internazionali di cui l'Italia è parte (art. 10.1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 19 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici). E tale orientamento si conforma alla *ratio* sottesa all'istituto del diritto di accesso strettamente correlata a un'idea di Amministrazione ispirata ai principi di trasparenza e di democrazia partecipativa dell'azione amministrativa e al più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività amministrativa[16]; fermo restando che il

[16] Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2015, n. 1370. Per ulteriori approfondimenti in ordine alla nozione di "trasparenza amministrativa", cfr. G. ARENA, Trasparenza amministrativa, in Enc. giur., vol. XXXI, Roma, 1995; G. ABBAMONTE, La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema, in L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza, Atti del XXXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1989, Milano, 1991, p. 7 ss.; R. VILLATA, La trasparenza dell'azione amministrativa, in La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso, Atti del XXXII Conv. st. sc. amm., Varenna, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, p. 151 ss.; R. CHIEPPA, La trasparenza come regola della pubblica amministrazione, in Dir. econ., 1994, p. 623 ss.; F. CARDARELLI, La tutela dinanzi al Garante per la protezione dei dati personali, in AA. VV (a cura di) S. SICA, P. STANZIONE, La nuova disciplina della privacy, Bologna, 2004; M. R. SPASIANO, I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità, in M.A. SANDULLI (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2011, p. 83; F. MANGANARO, Evoluzione del principio di trasparenza, in Studi in memoria di Roberto Marrama, Napoli, 2012; M. OCCHIENA, I principi di pubblicità e trasparenza, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), I principi di diritto amministrativo, Milano, 2012; E. CARLONI, I principi del codice della trasparenza, in B. Ponti (a cura di), La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, cit., p. 39; M. C. CAVALLARO, Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati, in Dir. amm., 2015, 1, p. 1 ss.; V. FANTI, La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato, in www.giustamm.it., 2016, 3, p. 1 ss.; A. BARONE - R. D'AGOSTINO, La trasparenza e il

ISSN 2036-7821

diritto di informazione del giornalista non può, come ogni diritto, concretizzarsi in un abuso e pertanto, la P.a. può consentire l'accesso agli atti amministrativi solo dopo aver accertato l'effettiva sussistenza di un collegamento tra l'istanza di accesso presentata al fine di garantire il diritto di informazione della collettività ovvero per perseguire differenti obiettivi[17].

Purtuttavia, tale quadro giurisprudenziale piuttosto consolidato nel tempo inizia a mutare con la sentenza del T.a.r. Roma del 10 dicembre 2013, n. 10692, relativamente alla parte in cui si puntualizza: che se fosse sufficiente ai fini dell'accoglimento dell'istanza di accesso l'esercizio dell'attività giornalistica e il fine di svolgere un'inchiesta giornalistica su un determinato ambito, «si finirebbe per introdurre una sorta di inammissibile azione popolare sulla trasparenza dell'azione amministrativa che la normativa sull'accesso non conosce»[18].

In tale scenario, la P.A. sarebbe tenuta a esibire indiscriminatamente la documentazione che il giornalista mira a visionare sulla base dell'argomento di volta in volta da lui liberamente prescelto come di proprio interesse: siffatta pretesa non trova alcun fondamento nel sistema delineato dagli artt. 22 e ss. della L. 241 del 1990.

Altrettanto significativa, inoltre, è la sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato del 12 agosto 2016, n. 3631 «in linea di principio non si può equiparare la posizione di una testata giornalistica o di un operatore della stampa a quella di un qualunque soggetto giuridico per quanto attiene al diritto di accesso agli atti amministrativi». Tuttavia, «occorre tener presente l'ambito soggettivo e quello oggettivo prescritti dalla legge entro i quali va riconosciuta la tutela sottesa all'accesso, presupponendo (…) un interesse personale e concreto, strumentale all'accesso»[19].

Ne viene fuori, quindi, l'inoperatività estensiva dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, con contestuale dovere di condurre una valutazione differente in ordine ai presupposti della legittimazione attiva: interesse diretto, concreto e attuale, *ex* art. 22 ss. l. n. 241 del 199; interesse a un controllo generalizzato e diffuso dell'attività dei

---

diritto di accesso, in AA. VV., Istituzioni di Diritto amministrativo, Torino, 2017, pp. 199-231; E. CARLONI, Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione, in Dir. amm., 2019, 3, p. 497 ss.; G. TERRACCIANO, La trasparenza amministrativa da valore funzionale alla democrazia partecipativa a mero (utile?) strumento di contrasto della corruzione, in Amministrativ@mente.it., 2014, 11-12, p. 4 ss.

[17] Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2015, n. 1370, in Foro amm. (Il), 2015, 3, p. 738. In tal senso, T.a.r. Parma, 7 ottobre del 1996, n. 345 «contrario ai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico la pretesa di equiparare la posizione della testata giornalistica, per quanto attiene al diritto di accesso, al quisque de populo e negarle, di conseguenza, la titolarità di una posizione differenziata e qualificata alla conoscenza di atti (non riservati) della P.A. che possano interessare i propri lettori.»; T.ar. Firenze, sez. II, 18 novembre 2005, n. 6458 «nessun dubbio si pone circa la sussistenza di un interesse in capo a chi, come il giornalista, intenda con il provvedimento rispetto al quale chiede l'accesso, esercitare un diritto costituzionalmente garantito come è quello alla libera informazione», tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[18] T.a.r. Roma, sez. III, 10 dicembre 2013, n. 10692, in www.giustizia-amministrativa.it.

[19] Cons. Stato, sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631, in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

pubblici poteri, in tema di accesso generalizzato, *ex* art. 5 *bis* d.lgs. n. 33 del 2013[20]. Secondo tale orientamento giurisprudenziale, dunque, per verificare la

[20] Per ulteriori approfondimenti in tema di accesso e trasparenza amministrativa, senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia a: A. BONOMO, Informazione e pubbliche amministrazioni. Dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni, Bari, 2012; M. D'ARIENZO, Diritto alla trasparenza e tutela dei dati personali nel d.lgs. n. 33/2013, con particolare riferimento alla disciplina dell'accesso civico, in Dir. e proc. amm., 2015, 1, p.157 ss.; E. TEDESCHI, Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione dell'amministrazione, in Giorn. dir. amm., 2016, 6, pp. 805-814; 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 Riv. it. dir. pubbl. com., 2016, 5, p. 109 ss.; A. SIMONATI e M. CALABRÒ, Le modalità di esercizio del diritto di accesso e la relativa tutela, in Codice dell'azione amministrativa, M.A. SANDULLI (a cura di) II ed., Milano, 2017, p. 1320 ss.; A. LAZZARO, Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione, Milano, 2017; A. CORRADO, Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa, Napoli, 2018; G. GARDINI, M. MAGRI (a cura di), Il FOIA italiano: vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione, Santarcangelo di Romagna, 2019; S. FOÀ, La trasparenza amministrativa e i suoi limiti, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI (a cura di), Scritti in onore di Franco Pizzetti, II, Napoli, 2020, p. 497 ss.; A. MOLITERNI, Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici, in Giorn. dir. amm., 2020, 4, p. 505 ss.; F. FRACCHIA, W. GIULIETTI, Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti pubblici nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico, in Dir. econ., 2020, 3, p. 203 ss.; L. IANNOTTA, I rapporti tra accesso tradizionale ed accesso civico generalizzato: la riqualificazione dell'istanza di accesso in corso di giudizio, in Foro amm., 2020, 7-8, p. 1374 ss.; F. MANGANARO, La funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria in materia di accesso agli atti amministrativi, in www.federalismi.it., 2021, p. 159 ss. Per ulteriori approfondimenti sul punto, in giurisprudenza cfr.: T.a.r. Roma, sez. III, 19 marzo 2014, n. 3014, ove si legge «(…) trattasi di una nuova forma di accesso ontologicamente diversa da quella disciplinata agli artt. 22 e segg. della legge n. 241 del 1990, la cui funzione è di permettere a "chiunque", pertanto a prescindere da specifici requisiti soggettivi di legittimazione attiva, la conoscenza di documenti, informazioni o dati, qualora l'amministrazione abbia violato obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. In sintesi, con l'accesso civico si è introdotto il potere di cittadini ed enti di controllare democraticamente se una amministrazione pubblica abbia adempiuto agli obblighi di trasparenza previsti dalla legge, segnatamente se abbia provveduto alla pubblicazione di documenti, informazioni o dati. Ove tale adempimento non vi sia stato, il predetto potere si estrinseca nella facoltà di esercizio dell'accesso civico, ovvero di richiedere all'amministrazione inadempiente i medesimi documenti, informazioni o dati, con l'ulteriore possibilità di accedere alla speciale tutela giudiziale di cui all'art. 116 del c.p.a. (…)», in www.giustizia-amministrativa.it;Cons. Stato sez. V, 19 marzo 2019, n. 2019, che, nel ripercorrere i tratti salienti dei vari "diritti di accesso", così si esprime in merito all'accesso civico generalizzato: «l'accesso civico (generico o generalizzato) non soffre di limitazioni soggettive (trattandosi di istanza ostensiva formulata, appunto, uti civis e non in correlazione ad una posizione sostanziale legittimante, che imponga un preventivo vaglio selettivo di meritevolezza): potendosi, al più e semmai, porre un problema di eventuale "abuso" della pretesa ostensiva, che la giurisprudenza tende a gestire in termini di emulatività dell'interesse, argomentando anche dalla clausola generale di buona fede, ex art. 1175 c.c., e dal dovere costituzionale di solidarietà, ex art. 2 Cost.»; T.a.r. Roma, sez. V, 12 luglio 2022, n.9528: «La P.A. ha il potere - dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico e cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato; ove, invece, come nella fattispecie, l'istanza rechi inequivocabile ed espresso riferimento solo alla l. n. 241/1990, la stessa deve essere esaminata unicamente sotto i profili dettati da tale ultima legge e non anche con riferimento all'accesso civico generalizzato, senza che il G.A., adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla P.A. all'esito del procedimento. La diversità dei presupposti, delle tecniche di bilanciamento degli interessi e anche degli strumenti di tutela che caratterizzano i due istituti (quello dell'accesso ex l. n. 241/1990 e quello dell'accesso civico generalizzato), escludono, infatti, qualsivoglia forma di mutatio libelli nello scrutinio della domanda proposta ai sensi dell'art. 116 c.p.a., non potendo il Giudice pronunciarsi su un potere non ancora esercitato, stante il divieto dell'art. 34, comma 2, c.p.a. per non essere stato nemmeno sollecitato dall'istante», in Foro amm. (II), 7-8, II, p. 1011; T.a.r. Napoli, sez. VI, 5

ISSN 2036-7821

legittimazione soggettiva all'accesso del richiedente occorrerà valutare le peculiari "finalità" dell'istanza (criterio teleologico o finalistico), accertando in particolare se e in che misura la conoscenza delle informazioni richieste sia in linea con le finalità della norma, ovvero se l'accesso serva effettivamente a «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»: cosicché l'istanza potrà essere accolta soltanto quando l'esigenza conoscitiva assuma "rilevanza pubblica", mentre dovrà essere respinta quando resti confinata a un bisogno esclusivamente privato, individuale, egoistico o addirittura utilitaristico[21].

Ancora, le valutazioni da effettuare in ordine alla possibile ostensione di dati personali (o documenti che li contengono), tramite l'istituto dell'accesso civico, deve essere condotta considerando che - a differenza dei documenti che si ricevono tramite una richiesta di accesso ai sensi della l. n. 241 del 1990 - in ipotesi di accoglimento dell'istanza di accesso civico i dati divengono pubblici (…) «sebbene il loro ulteriore trattamento vada in ogni caso effettuato nel rispetto dei limiti derivanti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali (art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 33/2013)»[22]. È indispensabile, in ogni caso, quindi, rispettare anche i principi del GDPR di «limitazione della finalità» e di «minimizzazione dei dati», in base ai quali i dati personali devono essere «raccolti per finalità determinate, esplicite e

---

aprile 2022, n. 2333, «L'accesso civico generalizzato è azionabile da chiunque senza la previa dimostrazione di un interesse personale, concreto ed attuale in connessione con la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti e senza oneri di motivazione in tal senso della richiesta. Ha il solo scopo di consentire una pubblicità diffusa ed integrale in rapporto alle finalità esplicitate dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013. È funzionale ad un controllo diffuso dei cittadini, al fine di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa e di favorire un preventivo contrasto alla corruzione. Concretamente si traduce nel diritto ad un'ampia diffusione di dati, documenti ed informazioni, fermi in ogni caso i limiti di legge a salvaguardia di determinati interessi pubblici e privati che in tali condizioni potrebbero essere messi in pericolo», in Red. giuffré amm., 2022; T.a.r. Roma, sez. I, 6 settembre 2022, n. 11507: «Lo strumento dell'accesso civico generalizzato può essere utilizzato solo per evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi propri della collettività generale dei cittadini, non anche a favore di interessi riferibili, nel caso concreto, a singoli individui o enti associativi particolari; al riguardo, il G.A. è tenuto a verificare in concreto l'effettività di ciò (…). Pertanto, sebbene il legislatore non chieda all'interessato di formalmente motivare la richiesta di accesso generalizzato, la stessa va disattesa, ove non risulti in modo chiaro ed inequivoco, l'esclusiva rispondenza di detta richiesta al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica, essendo del tutto estraneo al perimetro normativo della fattispecie la strumentalità (anche solo concorrente) ad un bisogno conoscitivo privato. In tal caso, invero, non si tratterebbe di imporre per via ermeneutica un onere non previsto dal legislatore, bensì di verificare se il soggetto agente sia o meno legittimato a proporre la relativa istanza. Nel caso dell'accesso civico, quindi, occorre che l'istanza non sia fondata su interesse conoscitivo di natura meramente strumentale e privata», in Foro amm. (Il), 2022, 9, II, p. 1134.

[21] Sul punto, la Corte di Strasburgo ha individuato alcuni corollari del principio di proporzionalità, al fine di garantire un equo bilanciamento tra gli interessi coinvolti nonché scongiurare un "abuso" di clausole generali di eccezione alla libertà di informazione. Nello specifico, la Corte richiama il principio di stretta interpretazione dei limiti; il principio dell'esigenza di un bisogno sociale preminente; l'obbligo di una motivazione pertinente, si v.: Corte Edu, 26 aprile 1979, Sunday Times v. United Kingdom; Corte Edu, 26 settembre 1995, Vogt v. Germany; Corte Edu, 21 gennaio 1999, Janowsky v. Poland; Corte Edu, 21 gennaio 1999, Fressoz et roire v. France.

[22] Parere Garante privacy del 7 gennaio 2022, n. 2.

ISSN 2036-7821

legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità», nonché «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati» (art. 5, par. 1, lett. b e c).
In conclusione, dunque, nelle fattispecie in esame l'Amministrazione, anziché opporre un diniego all'istanza di accesso presentata dal giornalista, dovrebbe adottare la decisione meno pregiudizievole per i diritti degli interessati, nel rispetto del principio di proporzionalità[23].

5. La possibile collisione tra il quadro normativo nazionale-giurisprudenziale italiano e gli artt. 10 Cedu e 11 Cdfue

Il quadro normativo nazionale descritto nei paragrafi precedenti e l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi in tema di accesso agli atti del fascicolo processuale proiettano un'idea di diritto alla protezione dei dati personali in termini assoluti nel tema in esame, con possibile compressione del diritto di cronaca, art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e art. 11 della Carta europea dei diritti fondamentali (Cdfue o Carta di Nizza)[24].
Le disposizioni da ultimo richiamate, com'è noto, disciplinano quella libertà di espressione qualificata dalla Corte EDU come «fondamento essenziale della società democratica» e condizione sostanziale per il progresso della democrazia e per lo sviluppo di ogni uomo. Esse riconoscono il diritto di espressione sia come libertà di manifestare le proprie opinioni e idee, sia come divieto del potere pubblico di interferire con il suo esercizio, sia infine come il diritto di accedere alle opinioni altrui - ivi compresi i contenuti degli atti processuali - dal quale discende il diritto di cronaca e di critica, a garanzia dell'interesse della collettività.
La libertà di stampa, ivi compreso il diritto di cronaca, dunque, costituisce espressione di una libertà costituzionale riconosciuta anche nello scenario internazionale e assolve una funzione sociale, ravvisata nel potere-dovere del giornalista di portare a conoscenza dell'opinione pubblica fatti, notizie e vicende

[23] Per ulteriori approfondimenti in tema di principio di proporzionalità si rinvia a: A. SANDULLI, La proporzionalità dell'azione amministrativa, Padova, 1988, p. 21 ss.; D.U. GALETTA, La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento, in Giorn. dir. amm., 2006, 10, p. 1106 ss.; S. VILLAMENA, Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese, Milano, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo, in Dir. proc. amm., 2016, 2, p. 361 ss.; Id., Il giudizio di proporzionalità e la base conoscitiva delle legge, in Dir. proc. amm., 2022, 1, p. 3 ss.

[24] Con riferimento all'art. 10 Cedu si rammenta che è cristallizzata una riserva di legge c.d. assoluta e pertanto le eccezioni al diritto di accesso generalizzato sono consentite solo nei casi e nei modi previsti dal legislatore: Corte Edu, 10 luglio 2006, Sdružení Jihočeské Matky v. Czech Republic; Corte Edu, 14 aprile 2009, Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary; Corte Edu., 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottsàg v. Hungary.

ISSN 2036-7821

interessanti la vita associata, affinché la collettività informata possa formare la proprio opinione sugli avvenimenti e persone.
E allora, non sfugge la stretta correlazione tra la libertà di cronaca e la libertà di informare e contestualmente la maturazione della differenza tra profilo attivo e profilo passivo della libertà *ex* art. 21 Cost.: mentre il primo si sostanzia nella libertà di informare (cioè di comunicare e diffondere idee e notizie), il secondo, che attiene ai destinatari dell'informazione, si specifica nella libertà di essere informati, quale risvolto passivo della libertà d'informare e obiettivo preminente dello Stato, per formare un'opinione pubblica consapevole e non condizionata nonché preservare il livello di democraticità degli ordinamenti statali[25].
In tal senso, anche la Corte costituzionale ha più volte affermato che l'art. 21 Cost. rappresenta uno dei principi portanti dell'ordinamento democratico, in virtù del quale tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, fermo restando il compito del legislatore di intervenire incisivamente per disciplinare le modalità di esercizio di tale libertà, in relazione anche alle peculiarità dei singoli casi concreti[26].
Orbene, quanto affermato negli anni Sessanta dalla giurisprudenza costituzionale si coglie ancora oggi dall'attuale scenario normativo, dove se da un lato l'ampliamento della tutela della libertà di cronaca consente di perseguire lo scopo ambizioso dello Stato, volto a formare un'opinione pubblica consapevole e non condizionata; dall'altro, si riscontrano frequenti interventi normativi a presidio di un equo bilanciamento tra il diritto di informazione - tutela dei dati personali - e i molteplici interessi pubblici configurabili in relazione alle singole fattispecie concrete; si pensi al paragrafo 2 dell'art. 10 CEDU, che individua tassativamente tutti i casi in cui la divulgazione dei dati è sottoposta a misure restrittive per tutelare: la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati e la tutela della salute.
Ancora, le medesime garanzie di tipicità e tassatività delle restrizioni del "diritto di informazione" del giornalista si rinvengono anche dagli artt. 136 e 137 del Codice della *privacy*, laddove consentono il trattamento dei dati per finalità giornalistiche e altre manifestazioni del pensiero, previo bilanciamento dei valori fondamentali, tra il diritto all'informazione e i diritti alla riservatezza, all'identità personale e alla protezione dei dati personali[27].

---

[25] Cons. Stato, sez. IV, 12 agosto 2016, n. 3631, cit. In dottrina, A. PACE e F. PETRANGELI, Diritto di cronaca e di critica, in Enc. dir. (agg. V), 2002, pp. 307-308 «nell'art. 21 della Costituzione e, più in generale, nel contesto complessivo del quadro costituzionale, esiste […] anche la libertà di informarsi (v. tra l'art. 10, primo comma, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), che ancorché passiva […] è presente, nel nostro come in altri ordinamenti, come valore costituzionale immanente».

[26] Corte cost., 13 luglio 1960, n. 59; Corte cost., 21 ottobre 1964, n. 48; Corte cost., 14 febbraio 1968, n. 11, tutte in www.cortecostituzionale.it.

[27] A ciò si aggiunge che il legislatore, proprio a tutela del diritto di cronaca, ha previsto anche procedure di semplificazione, ai sensi dell'art. 139 del Codice della privacy, laddove è riconosciuta al giornalista la possibilità

ISSN 2036-7821

Da tale panorama normativo, si coglie - quindi - come la divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasti con il rispetto della sfera privata «quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti»[28; e] che la sfera privata delle persone che esercitano funzioni pubbliche deve essere rispettata se le notizie o i dati non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica.
È proprio il carattere sociale di tale funzione - dunque - che consente di far prevalere la libertà di stampa sul diritto alla riservatezza e all'onore, purché la pubblicazione sia giustificata dall'informazione e sia conforme ai canoni della correttezza professionale.
Ancora una volta, quindi, rileva il ruolo primario della libertà di stampa nel dibattito democratico, dove - richiamando quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - «i giornali sono "*watch dog*" della democrazia e delle situazioni, anche giudiziarie, alla luce dell'interesse della comunità nazionale per la corretta e puntuale esplicazione di ogni attività pubblica, onde critica e cronaca giornalistica volte a tenere o a ricondurre le pubbliche istituzioni nell'alveo loro proprio vanno non solo giustificate, ma anche propiziate»[29].
In conclusione, sulla scorta delle considerazioni sin qui condotte, la disciplina interna, relativamente alla parte in cui consente l'accesso agli atti giudiziari solo alle parti processuali, e non anche ai terzi, per qui di interesse ai giornalisti, sembrerebbe imporre restrizioni notevoli al diritto di cronaca, *ex* art. 10 e 11 della Carta di Nizza; ciò in contrasto con la funzione sociale della libertà costituzionalmente garantita e con lo scenario europeo.

6. Brevi conclusioni.

Dalle considerazioni condotte nel presente lavoro emerge come la *voluntas legislatoris* sia indirizzata, da un lato, a preservare il diritto di riservatezza dei dati contenuti negli atti giudiziari del processo amministrativo e, dall'altro, a consentire la divulgazione mediatica - quale manifestazione della libertà di stampa - solo dei provvedimenti giurisdizionali, eventualmente oscurando i dati sensibili delle parti coinvolte.
Purtuttavia, la scelta legislativa di riconoscere il diritto di accesso agli atti giudiziari solo alle parti indicate *ex* art. 17 del d.P.C.M n. 40 del 2016 colliderebbe con la lettura

di diffondere dati personali anche senza il consenso dell'interessato purché nei limiti del diritto di cronaca e, in particolare, quello «dell'essenzialità dell'informazione rispetto a fatti di interesse pubblico» (art. 137, co. 3, del Codice sulla privacy).

[28] Art. 6 della legge 17 maggio del 1996, n. 275, c.d. Codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica.

[29] Cass. pen., sez. V, 15 aprile 2011, n. 15447, in www.cortedicassazione.it.

ISSN 2036-7821

dell'art. 55 del Regolamento 2016/679 offerta dalla Corte di Giustizia Europea, relativamente alla parte in cui è riservato all'autorità giurisdizionale il compito di acconsentire o meno al trattamento dei dati personali a soggetti terzi al processo, nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura.
Ne viene fuori, allora il contrasto tra l'art. 17 del d.P.C.M. n. 40 del 2016 e l'art. 55 del Regolamento precitato e il contestuale dovere del giudice nazionale di disapplicare la norma di diritto interno, per l'efficacia vincolante dell'interpretazione del diritto dell'U.e. fornita dalla Corte di giustizia, per tutte le autorità giurisdizionali o amministrative degli Stati membri[30].
In tal senso, si richiama anche l'orientamento del Giudice delle leggi, affermato a partire dalle sentenze del 23 aprile del 1985, n. 113 e del 21 novembre 1968, n. 389 secondo cui «le statuizioni interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni»[31].

[30] Cfr. C.g.a.r.s., sez. giurisd., 16 maggio 2016, n. 139: il giudice nazionale deve disapplicare le disposizioni dell'ordinamento interno che risultino in contrasto o incompatibili con l'interpretazione del diritto europeo fornita dalla Corte di giustizia dell'Ue, in Foro amm. (Il), 2015, 5, p. 1356; T.a.r. Roma, sez. II, 5 aprile 2012, n. 3142: «Le pronunce della Corte di giustizia delle Comunità europee hanno efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati membri, al pari dei regolamenti e delle direttive e delle decisioni della Commissione, vincolando il giudice nazionale alla disapplicazione delle norme interne con esse confliggenti. Sussiste, infatti, un obbligo per il giudice nazionale di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno», in Foro amm. TAR, 2012, 4, p. 1232. In tal senso, anche: Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, in Foro amm. CDS, 2006, 7-8, p. 2187; T.a.r. Catania, sez. IV, 29 aprile 2010, n. 395, in Foro amm. TAR, 2010, 2, p. 692.Com'è noto, l'efficacia delle sentenze emesse dalla Corte di Giustizia Europea per gli Stati differenti da quelli che le hanno sollecitate è una questione molto dibattuta in dottrina: secondo un primo indirizzo, condiviso nel presente lavoro, le sentenze interpretative della Corte di giustizia europea hanno efficacia erga omnes, si vedano: M. ZUCCALÀ, Di una forma di interpretazione giurisprudenziale autentica delle leggi, in Giur. it., 1959, 4, p. 139 ss.; G. M. UBERTAZZI, La Corte di giustizia ed il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177, in Riv. Trim. dir., pubbl., 1977, p. 481 ss.; G. FLORIDIA, Forma giurisdizionale e risultato normativo del procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, in Dir. com. sc. internaz., 1978, p. 1 ss.; per altra parte della dottrina, invece, le sentenze della Corte di giustizia europea producono un vincolo esclusivamente sul giudice a quo, cfr.: G. MORELLI, La Corte di giustizia delle Comunità europee come giudice interno, in Riv. dir. int., 1958, p. 5 ss.; S. FOÀ, Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme, Napoli, 2011, p. 166; per altri autori, ancora, si rinvia a: F. GHERA, Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, in Giur. cost., 2000, p. 1204 ss.; E. CALZOLAIO, Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia, in Riv. crit. dir. priv., 2009, p. 41 ss.; R. CAPONI, Corti europee e giudicati nazionali, in Corti europee e corti nazionali, Bologna, 2011, p. 290 ss.; E. D'ALESSANDRO Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia, Torino, 2012, p. 245 ss.

[31] Corte cost., 23 aprile 1985, n. 113: «La normativa comunitaria entra e permane in vigore nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Tale principio vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia», in www.cortecostituzionale.it.

ISSN 2036-7821

A ciò si aggiunga che, secondo la Corte di cassazione, il *dictum* della sentenza della Corte di Giustizia costituisce una *regula iuris* applicabile dal giudice nazionale in ogni stato e grado del giudizio, con la conseguenza che tale sentenza è fonte di diritto oggettivo, ossia fonte del diritto europeo, relativamente alla parte in cui indica il significato e i limiti di applicazione della disposizione normativa.
In conclusione quindi, dal combinato disposto degli artt. 51 d.lgs. n. 196 del 2003 e 55 del Regolamento europeo sulla *privacy*, si potrebbe affermare che - anche in Italia - qualsiasi soggetto interessato - terzo al processo - possa prendere visione ed estrarre copia degli atti del fascicolo processuale sia privati sia processuali, fermo restando che è riservata all'autorità giurisdizionale innanzi a cui pende la controversia il compito di valutare se acconsentire o meno al trattamento dei dati personali, previo bilanciamento del diritto di cronaca, da un lato, e diritto alla riservatezza dei dati, dall'altro.
Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia europea in ordine all'art. 55 del Regolamento, quindi, all'autorità giudiziaria è riservato il compito di condurre un bilanciamento tra gli interessi contrastanti, al fine di individuare quale tra essi sia prevalente.
Nel condurre tale valutazione il giudice deve tener conto che il diritto di informazione - come si è tentato di argomentare nelle pagine precedenti - è determinato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che «la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica (…)»[32]; di qui, emerge «l'imperativo costituzionale che il diritto di informazione (…) sia qualificato e caratterizzato: a) dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie - che comporta fra l'altro il vincolo al legislatore di impedire la formazione di posizioni dominanti e di favorire l'accesso (…) - in modo tale che il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti; b) dall'obiettività e dall'imparzialità dei dati forniti; c) dalla completezza, dalla correttezza e dalla continuità dell'attività di informazione erogata; d) dal rispetto della dignità umana, dell'ordine pubblico, del buon costume (…)»[33].
Ed invero, anche questa impostazione, non sarebbe esente da critiche, poiché l'assenza di criteri sicuri dalla cui operatività si possa affermare la prevalenza di un interesse (diritto alla riservatezza) o dell'altro (diritto di informazione-libertà di manifestazione del pensiero) non condurrebbe a soluzione certe e univoche; così, quindi, si incorre nel rischio che il *balacing test* finisca per essere operato dal giudice in relazione alle singole fattispecie concrete, nel silenzio della legge e in violazione

[32] Corte cost., 26 marzo 1993, n. 112, in www.cortecostituzionale.it.
[33] Corte cost., 26 marzo 1993, n. 112, cit.

ISSN 2036-7821

del principio di riserva di legge c.d. assoluta previsto per le limitazioni c.d. sostanziali della libertà di cui all'art. 21 Cost.[34].

[34] Corte cost., 4 febbraio del 1965, n. 9, in www.cortecostituzionale.it.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Cybersecurity, sicurezza nazionale e trattamento dei dati personali

di Marta Maurino

(Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi della Campania *"Luigi Vanvitelli"*)

Sommario

1. Oggetto e obiettivo dello studio. – 2. Stato dell'arte. – 3. Il quadro normativo posto a tutela della protezione dei dati nello spazio cibernetico. – 4. La disciplina del trattamento dei dati nel corso delle attività di *cybersecurity* effettuate per finalità di sicurezza nazionale – 5. Il bilanciamento tra *cybersecurity*, sicurezza nazionale e diritto alla protezione dei dati personali operato dalla Corte di Giustizia dell'U.E. – 6. *Cybersecurity* e protezione dei dati personali. Profili ricostruttivi. – 7. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

This paper aims to investigate the balance between cybersecurity, national security and the right to the protection of personal data. Starting from the analysis of the perimeter within cybersecurity activities involving the processing of personal data for national security purposes allow limitations of the right to data protection in the cyberspace, the objective of study is to clarify how far the interest in cybernetic security justifies derogations from the general regulation about the protection of individuals with regard to the processing of personal data.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Oggetto e obiettivi dello studio

Il presente contributo ha ad oggetto il rapporto tra diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza cibernetica.

La portata della raccolta e della condivisione di dati personali[1] è aumentata in modo significativo in ragione dell'accelerazione nell'utilizzo delle tecnologie digitali e del fenomeno economico della globalizzazione[2].

[1] Si definisce dato personale qualsiasi 'frammento' dell'identità dell'individuo cui il dato si riferisce, definito dall'art. 4, par. 1, n. 1), GDPR come "*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile*". Corollario di tale definizione è la collocazione della tutela del dato personale nell'alveo dei diritti della personalità e il conseguente inserimento del diritto alla protezione dei dati personali nel novero dei cc.dd. 'diritti fondamentali'. In realtà il dibattito sulla natura del diritto alla protezione dei dati personali è acceso. Parte della Dottrina ritiene che dall'inserimento di tale diritto nel novero dei diritti fondamentali nasce una evidente interferenza, declinabile nei termini che seguono: "*se (premessa maggiore) è vero che i diritti fondamentali e, tra essi in particolare, i diritti della personalità sono per definizione irrinunziabili, inalienabili e intrasmissibili; e se (premessa minore) il diritto alla tutela dei dati personali è riguardato alla stregua di un diritto fondamentale; allora (conclusione) il dato personale deve di necessità essere a sua volta partecipe di quei caratteri di irrinunziabilità, inalienabilità e intrasmissibilità*" (Cfr. B. PARENZO, *Sull'importanza del dire le cose come stanno: ovvero, sul perché della necessità di riconoscere la natura patrimoniale dei dati personali e l'esistenza di uno scambio sotteso ai c.d. servizi digitali "gratuiti"*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (Il)*, fasc.3/2021, pp. 1457 ss., il quale, sul punto, richiama A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.* comm. Cicu-Messineo, Milano, 1982, passim; P. RESCIGNO, voce *Personalità* (diritti della), in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 7; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità* (diritti della), in Dig. disc. priv., sez. civ., XIII, Torino, 1995, 430; G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 73. Intendere il diritto alla protezione dati nei termini sopra descritti porterebbe ad un'unica conclusione: la non ammissibilità dei medesimi alla circolazione, non potendo gli stessi essere dedotti in contratto e/o commercializzati. Cionondimeno, la realtà socio-economica restituisce allo studioso una verità differente in grado di mettere in crisi la tradizionale ricostruzione giuridica esposta. Come osservato da parte della Dottrina, infatti, "*è solo bendandosi e chiudendosi in una stanza buia che non si vede che le più grandi [...] società al mondo sono data companies, come Google e Facebook*" (Cfr. G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 416). Ciò che emerge evidente è che i dati personali costituiscono la materia prima dei processi produttivi del Terzo millennio e che nelle variazioni dei mercati e nelle decisioni commerciali assunte dagli operatori economici sono sempre più determinati le analisi dei dati personali disvelati dalle navigazioni degli utenti della rete. V'è, quindi, chi sostiene che le cd. *non-monetary transactions* presentino carattere di sinallagmaticità, ossia caratteri del contratto di scambio in senso proprio: "*la prestazione di un bene o di un servizio all'interessato non è semplicemente l'occasione fattuale o una mera circostanza nella quale quello stesso interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati personali, ma rappresenta la ragione economica concreta dell'operazione (poiché) l'interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati al fine di ottenere un servizio digitale da parte dell'operatore economico (...), mentre l'operatore economico fornisce un bene/servizio digitale (...) al fine di poter sfruttare quella specifica ricchezza patrimonialmente valutabile che sono i dati personali dell'interessato*" (Cfr., in particolare, V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 645). Sul medesimo tema si v., *ex multis*, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, pp. 25 ss.; C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali,* in *Giust. civ.*, 2019, pp. 499 ss..

[2] Sui *Big data* cfr., *ex multis*, L. ATTIAS, G. SCORZA, *La consapevolezza digitale al servizio dell'etica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il)*, fasc. 6/2019, pp. 1191 ss.; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione, Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Cortina Raffaello, Milano, 2017; T.H. DRAVENPORT e L. PRUSAK, *Working Knowledge: How Organizations Manage What They Know*, Boston, tr. It., *Il sapere al lavoro*, Etas, Milano, 2000; C. HESS e E. OSTROM, *Panoramica sui beni comuni della conoscenza*, in *La conoscenza come bene comune (Understanding Knowledge As a Commons)*, C. HESS E E. OSTROM (a cura di), MIT, 2007, ed. it. P. FERRI, BRUNO MONDADORI (a cura di),

ISSN 2036-7821

Le nuove tecnologie consentono alle imprese private e alle autorità pubbliche di utilizzare enormi quantità di dati personali nello (e per lo) svolgimento delle proprie attività come mai in precedenza.

Non tutte ma senza dubbio molte operazioni aventi ad oggetto i dati personali si svolgono nello spazio cibernetico[3], uno spazio reale, ancorché dematerializzato, creato dall'essere umano e costituito dall'insieme dei beni e servizi Ict, cioè delle componenti di rete e servizi qualificate come "*info-strutture portanti di qualsiasi organizzazione*"[4].

In tale spazio prende forma una nuova sfera privata che fa diminuire la necessità di molti consolidati e quotidiani contratti sociali, così da sottrarre il singolo individuo "*alle diverse forme di controllo sociale rese possibili proprio dall'agire 'in pubblico', in una comunità*"[5] e determina la nascita di nuove esigenze, prime tra tutte quelle legate alla sicurezza *nello* spazio e *dello* spazio cibernetico[6], condizioni necessarie all'esercizio dei diritti di libertà nello spazio digitale.

La sicurezza *nello* spazio cibernetico si sostanzia nella garanzia che il trattamento dei dati delle persone fisiche sia effettuato in modo da assicurare la sovranità delle

---

2009; C. Tabarrini, *Comprendere la "Big Mind": il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il)*, fasc.2, 1/2019, pp. 555 ss.

[3] Il lemma *cyber* origina dalla parola greca *Kyber*, "navigare". L'espressione "cyber spazio", ossia spazio cibernetico, è impiegata per descrivere uno spazio effettivamente navigabile.

[4] Si v. R. DI BIASE, *La difesa passa dalla rete*, in *AirPress, Mensile sulle politiche per l'aerospazio e la difesa*, fasc. n. 127, 2021, p. 12.

[5] Cfr. S. RODOTÀ, voce *Riservatezza*, ed. Treccani, 2021 pp. 21 ss., il quale, invitando a riflettere sul telelavoro, sulle videoconferenze, sul numero di acquisti ormai effettuati a distanza, sullo svolgimento di operazioni bancarie direttamente dalla propria abitazione, richiama quanto rappresentato in tema di tecnologie da J. E. KATZ, *Public Policy Origins of Telecommunications. Privacy and the Elarging Issues*, Information Age, 1988, p. 173, il quale evidenziava già trent'anni orsono che esse "*servono anche a mettere l'individuo al riparo da quelle forme di controllo sociale che in passato erano servite a vigilare sui suoi comportamenti e a esercitare pressioni per l'adozione di atteggiamenti di tipo conformista*".

[6] Sul tema della sicurezza nell'U.E. D. MARRANI, *Il coordinamento delle politiche per la cybersecurity dell'UE nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1/2021 osserva – richiamando quanto stabilito dal Consiglio dell'Unione europea, *Una strategia globale per la politica estera e di sicurezza dell'Unione europea*, Bruxelles, 28 giugno 2016, https://eeas.europa.eu/topics/eu-global-strategy_en – che "*la nozione di sicurezza dell'Unione europea quale emerge dagli orientamenti recenti, in linea con la prassi internazionale in tema di "sicurezza cooperativa" e di "sicurezza umana", è molto ampia e non coincide con il perseguimento della pace e sicurezza internazionali nell'ambito della PESC. Come è stato delineato dalla Strategia globale per politica estera e di sicurezza dell'UE nel 2016, e ribadito nei successivi orientamenti dalla Commissione europea e dall'Alto Rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza, la dimensione interna ed esterna della sicurezza sono interconnesse. Di conseguenza, la sicurezza è disciplinata in maniera unitaria negli orientamenti generali delle Istituzioni, salvo trovare attuazione in strumenti giuridici specifici per ogni diversa politica. In particolare, il nuovo approccio della Commissione europea alle crisi che riguardano la "sicurezza" è fondato sul concetto di "resilienza" trasversale a diverse politiche*". Sul punto l'A. richiama la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Relazione 2020 in materia di previsione. Previsione strategica: tracciare la rotta verso un'Europa più resiliente*, Bruxelles, 9.09.2020, COM (2020) 493 *final* e rinvia ai contributi di R. Cohen, *Cooperative Security: From Individual Security to International Stability, Marshall Center Papers*, n. 3/2001, reperibile *on-line* e L. AXWORTHY, *La sécurité humaine: la sécurité des individus dans un monde en mutation*, in *Politique étrangère*, 1999, n. 64-2, p. 337.

ISSN 2036-7821

informazioni digitali, ossia la capacità di controllarne la riservatezza, l'integrità e la disponibilità.

Nel cyberspazio, infatti, i dati che identificano i comportamenti dell'essere umano sono digitalizzati. La mancata tutela di tali dati – che definiscono l'essere umano come elettore, cittadino, lavoratore – si traduce nella impossibilità di proteggere la persona fisica con riguardo a tutti i suoi comportamenti che passano da tecnologie che li possono 'spiegare' e, addirittura, 'predire', esponendola a poteri potenzialmente incontrollabili, legati alla sorveglianza di massa, alla manipolazione politica e alla persuasione commerciale.

All'uopo, l'U.E., già con l'emanazione della Direttiva 2002/58 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12.07.2002 aveva inteso tutelare la vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

In tempi recenti ha poi adottato il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (GDPR)[7], fornendo un quadro normativo

[7] Con l'adozione del GDPR il Legislatore europeo ha abrogato la Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che aveva l'obiettivo di armonizzare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche rispetto alle attività di trattamento dei dati e assicurare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri, al fine di assicurare un'applicazione coerente e omogenea in tutta l'Unione delle disposizioni in tema di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali. Come chiarito dai Considerando 9 e 10, GDPR, l'emanazione della Direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione e non ha eliminato l'incertezza giuridica o "la percezione, largamente diffusa nel pubblico", che le operazioni svolte *on-line* comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. Con riguardo al trattamento dei dati personali, infatti, all'interno dei singoli Stati membri si è creato un divario nei livelli di protezione dovuto alle divergenze nell'attuazione e nell'applicazione la Direttiva in parola: la compresenza di diversi livelli di tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche ha, infatti, costituito un ostacolo alla libera circolazione dei dati personali nel territorio dell'U.E., ponendo un freno all'esercizio delle attività economiche su scala europea, falsando la concorrenza e impedendo alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto sovranazionale. Si è, quindi, reso necessario aumentare il livello di protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento di tali dati in modo da renderlo equivalente in tutti gli Stati membri e lo si è fatto attraverso l'emanazione di un Regolamento che detta una disciplina dettagliata dei diritti degli interessati e degli obblighi di coloro che effettuano e determinano il trattamento dei dati personali, nonché disciplina l'esercizio del potere di controllo e assicura il rispetto delle disposizioni attraverso la previsione d un apparato sanzionatorio. Interessanti spunti di riflessione sul passaggio dalla Direttiva 95/46/CE al GDPR si rinvengono nei seguenti contributi: G. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento Europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, Bologna, 2017; ID, *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 679/2016 e D.lgs. 10 agosto 2018 numero 101,* Zanichelli, Bologna, 2019; L. BOLOGNINO, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla Nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 2 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 679/2016*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 43 ss.; S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO, *La nuova disciplina europea della privacy,* Cedam- Wolters Kluer, Milano, 2016, pp. 5 ss.; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E BELISARIO (a cura di), *GDPR normativa privacy. Commentario*, I ed., Wolters Kluer, Milano, 2018, pp. 3 ss. Per spunti di riflessione sulla costituzionalizzazione della privacy e sui principi della tutela dei dati personali nel GDPR si v., ex multis, G. BELLOMO, *Profili pubblicistici del data protection officer nel sistema multilivello di tutela della privacy*, Ed. Scientifica, Napoli, 2020, pp. 33 ss.

ISSN 2036-7821

più solido e coerente in tema di tutela della riservatezza e di corretto trattamento dei dati personali[8], con ciò mirando anche a creare – così come previsto dal Considerando n. 7, GDPR – il clima di fiducia necessario allo sviluppo della cd. 'economia digitale'.

Dalla sicurezza *nello* spazio cibernetico va distinta la sicurezza *dello* spazio cibernetico. Con riguardo a quest'ultima è pregnante l'esigenza di garantire che l'insieme dei beni e servizi Ict che costituiscono la struttura attraverso la quale i dati vengono trattati, non sia messo a repentaglio da attacchi informatici.

È in tale prospettiva che si sviluppa la *cybersecurity* quale "*insieme delle attività necessarie per proteggere la rete e i sistemi informativi, gli utenti di tali sistemi e altre persone interessate dalle minacce informatiche*"[9] e che rappresenta lo strumento attraverso cui le Istituzioni si assicurano la cd. 'sovranità digitale', ossia la "*capacità di una comunità di controllare il proprio destino digitale: proteggere, gestire e sfruttare i propri dati*"[10].

Indagando il perimetro entro il quale lo svolgimento delle attività di *cybersecurity* consentono limitazioni del diritto alla protezione dei dati nello spazio cibernetico, obiettivo del presente lavoro è comprendere se protezione dati e *cybersecurity* non si escludano a vicenda, ma si pongano tra loro in rapporto di complementarietà.

---

[8] Ai sensi dell'art. 4, co. 1, n. 2, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (GDPR), per trattamento dei dati si intende "*qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione*". Come evidenziato da M. RENNA, *Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 4/2020, p. 1343, sin dall'adozione della "*Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale*" (Convenzione di Strasburgo n. 108/1981) la normativa in tema di gestione dati ha costantemente evocato la 'sicurezza' quale principio ordinatore dell'attività di trattamento dei dati personali. Tale principio è poi stato consacrato nel GDPR all'art. 5, par. 1, lett. f). Sulla sicurezza nel trattamento dei dati si v., *ex multis*, S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 81 ss.; Id., *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in Id., Tecnologie e diritti, Bologna, 1995, pp. 41 ss. Cfr., anche, V. FROSINI, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, in ALPA-BESSONE (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Cedam, Padova, 1984, pp. 29 ss.; nonché, G. CORASANITI, *Esperienza giuridica e sicurezza informatica*, Giuffrè, Milano, 2003; Id., *La sicurezza dei dati personali*, in *Il Codice dei dati personali. Temi e problemi*, F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (*a cura di*), Giuffrè, Milano, 2004, pp. 111 ss..

[9] Così in art. 2, n. 1, Reg. EU 2019/881, relativo all'ENISA.

[10] Come dimostra la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Una Strategia europea per i dati*, COM (2020) 66 final, p. 5, quello della 'sovranità digitale' è tema centrale per le politiche europee della Commissione Von der Leyen. Cionondimeno, in letteratura non sembra esservi concordia definitoria su tale concetto. Taluni evidenziano che "*nel concetto di sovranità digitale rientrano aspetti come la giurisdizione (chi la esercita sulle violazioni dei dati di un Paese ospitati in un altro?) e la tassazione (dove tassare le entrate generate dall'elaborazione dei dati?)*" (si v. R. BALDONI, *Il cyber-spazio, un dominio fin troppo umano*, in *AirPress, Mensile sulle politiche per l'aerospazio e la difesa*, fasc. n. 127, 2021, pp. 4 ss.); altri la intendono come capacità di convertire i dati generati dalle attività digitali in valore per le imprese e i cittadini ed elaborarli in conformità con le garanzie riconosciute dall'ordinamento dell'U.E. (si v. G. CAGGIANO, *Sul trasferimento internazionale dei dati personali degli utenti del Mercato unico digitale all'indomani della sentenza Schrems II della Corte di giustizia,* in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, pp. 563 ss., spec. pp. 564-565).

ISSN 2036-7821

Onde raggiungere tale obiettivo, delineato lo stato dell'arte in tema di sicurezza cibernetica, si restituirà il quadro regolatorio posto a garanzia della protezione dei dati personali nello spazio cibernetico, individuando il perimetro applicativo della disciplina dettata dal GDPR e dal Codice in materia di protezione dei dati personali. Successivamente, attraverso lo studio della Giurisprudenza europea sul bilanciamento tra diritto alla protezione dati e soddisfazione delle esigenze di *cybersecurity*, si tenterà di comprendere se l'interesse alla sicurezza cibernetica giustifichi – e, se si, entro che limiti – deroghe alla disciplina generale dettata a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

2. Stato dell'arte.

Come anticipato, la sicurezza cibernetica – ossia l'insieme delle attività necessarie per proteggere la rete e i sistemi informativi, gli utenti di tali sistemi e tutti coloro che sono interessati dalle minacce informatiche[11] – è lo strumento attraverso cui le Istituzioni si assicurano la cd. 'sovranità digitale'[12].

L'utilizzo malevolo delle reti costituisce un problema per la sicurezza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione a fronte del quale si rende necessaria la cooperazione tra le autorità nazionali, di polizia e giudiziarie di tutti i Paesi membri[13].

Dalla consultazione delle Comunicazioni adottate dalla Commissione europea – *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, del 19.02.2020, COM (2020) 67 final.; *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, Bruxelles, del 27.05.2020, COM (2020) 456 final. – nonché dall'approfondimento delle strategie per l'Unione della sicurezza e, segnatamente, dell'Agenda strategica del Consiglio europeo 2019-2024, emerge che l'obiettivo sovranazionale è quello di sviluppare infrastrutture 'resilienti', in grado di prevenire, dissuadere e rispondere agli attacchi alle reti, ai sistemi e ai servizi informativi, nonché utili alla costruzione di forme di cooperazione strategica a livello internazionale che favoriscano la costruzione di un ciberspazio aperto e sicuro: eventuali aggressioni, infatti, soprattutto se sferrate attraverso l'uso di *internet*, indipendentemente dal luogo di verificazione, oltre a provocare danni al singolo Stato membro, possono infatti ripercuotersi sull'economia complessiva del Mercato Unico.

Al fine di garantire un livello omogeneo di protezione dei consumatori e delle imprese nel Mercato Interno, l'U.E. ha inteso armonizzare le discipline degli Stati

[11] Per una riflessione sulla sicurezza informatica nel metaverso si v., *ex multis*, G. CASSANO, M. IASELLI, G. SPANGHER, *Cybersecurity, sicurezza nazionale e metaverso* in G. CASSANO e G. SCORZA (a cura di), *Metaverso, Diritti degli utenti – piattaforme digitali – privacy – diritto d'autore – profili penali – blockchain e NFT*, Pacini Giuridica, 2023, pp. 14 ss.

[12] In merito alla cd. 'sovranità digitale' si rinvia alla nota 11 del presente contributo.

[13] Sul punto si v. art. 67, par. 3 TFUE.

ISSN 2036-7821

membri in tema di sicurezza cibernetica, imponendo obblighi comuni agli operatori di servizi essenziali e ai fornitori di servizi digitali, adottando la Direttiva *network and information security* del 6 luglio 2016, n. 1148 (cd. Direttiva *NIS*).
La Direttiva NIS è stata attuata nell'ordinamento nazionale con l'emanazione del d. lgs. 18 maggio 2018, n. 65 (cd. Decreto *NIS*), giusta il quale l'Italia ha individuato le misure intese a conseguire un elevato livello di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi in ambito nazionale, contribuendo ad incrementare il livello comune di sicurezza.
L'adozione della Strategia nazionale di cybersicurezza per la tutela della sicurezza delle reti e dei sistemi di interesse nazionale è stata demandata al Presidente del Consiglio dei ministri (cfr. art. 6, Decreto *NIS*) e, con la successiva emanazione del d.l. 14 giugno 2021, n. 82, convertito con modificazioni in l. 4 agosto 2021, n. 109, è stata definita l'architettura nazionale di cybersicurezza e istituita l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN), cui è oggigiorno demandato l'espletamento delle attività volte a garantire la sicurezza delle reti e dei sistemi informativi.
Per lo svolgimento delle attività in parola si rende necessaria la raccolta e l'utilizzo (*rectius* il trattamento) di massicce quantità di dati (anche) personali – così come qualificati dall'art. 4, co. 1, n. 1, GDPR – mediante trasmissione degli stessi effettuata in differita ovvero in tempo reale.
Il tema della sicurezza delle reti è, dunque, profondamente connesso a quello della protezione dei dati personali.
All'uopo si osserva che la Strategia 2020 dell'U.E. in tema di sicurezza cibernetica per il decennio digitale suggerisce azioni e strumenti volti a fronteggiare le minacce informatiche che sovente derogano alle regole poste a protezione dei dati personali.
Alla luce del deperimento delle tradizionali forme di controllo sociale, al posto delle quali si impiegano controlli sempre più penetranti e globali, resi possibili dal trattamento elettronico delle informazioni[14], viene da chiedersi fino a che punto l'esigenza di garantire la sicurezza del *cyberspace* possa giustificare l'abbassamento delle tutele poste a protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.
Gli studiosi concentratisi sul tema riconoscono i pericoli insiti nella minaccia informatica, in grado di mettere a repentaglio il funzionamento delle infrastrutture

[14] Sul punto, autorevole Dottrina ha osservato che *"la tecnologia contribuisce a far nascere una sfera privata più ricca, ma più fragile, sempre più esposta a insidie: da questo deriva la necessità di un continuo rafforzamento della protezione giuridica, di un allargamento delle frontiere del diritto alla privacy. Si può chiamare questo 'il primo paradosso della privacy': e il termine paradosso è adoperato per indicare una situazione nella quale la tensione verso la privacy entra (apparentemente) in contraddizione con sé stessa o produce conseguenze (apparentemente) inattese"* (cfr. S. RODOTÀ, voce *Riservatezza*, cit.). Sul tema si v. anche Id., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 81 ss.; Id., *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in Id., Tecnologie e diritti, Bologna, 1995, pp. 41 ss. Cfr., anche, V. FROSINI, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, in ALPA-BESSONE (a cura di), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Cedam, Padova, 1984, pp. 29 ss.

ISSN 2036-7821

critiche dei Paesi (ECI)[15] – e, per riflesso, la pace e la sicurezza internazionale. Ciononostante, sembrano esser concordi nel ritenere che non si possa considerare legittima 'qualsiasi' restrizione di diritti fondamentali (e, quindi, anche del diritto alla protezione dei dati personali) suffragata da esigenze di sicurezza[16].
Nella tensione che si registra tra diritti e interessi confliggenti, il presente contributo indaga i limiti all'applicazione della disciplina a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali effettuato nello spazio cibernetico.

3. Il quadro normativo posto a tutela della protezione dei dati nello spazio cibernetico.
L'integrazione economica e sociale derivante dal funzionamento del Mercato unico ha comportato un sensibile aumento dei flussi transfrontalieri di dati personali tra operatori economici pubblici e privati.
Intendendo assicurare che, con riguardo al trattamento dei dati personali, i livelli di tutela dei diritti e delle libertà garantiti in ciascuno Stato membro non ne ostacolassero la circolazione, falsando la concorrenza[17], l'U.E. ha adottato la Direttiva n. 1995/46 del 24 ottobre 1995 con la quale ha ravvicinato le legislazioni nazionali in tema di *data protection*, stabilendo che qualsivoglia trattamento di dati personali dovesse essere eseguito lecitamente su dati adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità perseguite le quali, oltre ad essere esplicite avrebbero in ogni caso dovuto essere esplicitate al momento della raccolta degli stessi[18].
L'evoluzione dei servizi di comunicazione elettronica con accesso alle reti digitali mobili a disposizione di un pubblico sempre più vasto ha posto l'esigenza di affiancare, alla disciplina dettata dalla Direttiva n. 1995/46, disposizioni

[15] Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. a), Direttiva n. 2008/114 del Consiglio dell'8 dicembre 2008 relativa all'individuazione e alla designazione delle infrastrutture critiche europee e alla valutazione della necessità di migliorarne la protezione, per 'infrastruttura critica' si intende "*un elemento, un sistema o parte di questo ubicato negli Stati membri che è essenziale per il mantenimento delle funzioni vitali della società, della salute, della sicurezza e del benessere economico e sociale dei cittadini ed il cui danneggiamento o la cui distruzione avrebbe un impatto significativo in uno Stato membro a causa dell'impossibilità di mantenere tali funzioni*". Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. b), Direttiva n. 2008/114, con l'espressione 'infrastruttura critica europea' o 'ECI' si fa riferimento ad un'infrastruttura critica "*ubicata negli Stati membri il cui danneggiamento o la cui distruzione avrebbe un significativo impatto su almeno due Stati membri. La rilevanza dell'impatto è valutata in termini intersettoriali. Sono compresi gli effetti derivanti da dipendenze intersettoriali in relazione ad altri tipi di infrastrutture*". La Direttiva n. 2008/114 è stata attuata nell'ordinamento nazionale giusta decreto legislativo 11 aprile 2011 che all'art. 3, co. 1, stabilisce che "*alle informazioni sensibili relative alle IC, nonché ai dati ed alle notizie relativi al processo d'individuazione, di designazione e di protezione delle ICE, è attribuita adeguata classifica di segretezza ai sensi dell'articolo 42 della legge 3 agosto 2007, n. 124, e relative disposizioni attuative*".

[16] Cfr., *ex multis*, M. NINO, *Terrorismo internazionale, privacy e protezione dei dati personali*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, p. 8.

[17] Cfr. Considerando 7, Direttiva n. 1995/46.

[18] Si v. Considerando 28, Direttiva n. 1995/46.

ISSN 2036-7821

precipuamente dedicate alla tutela dei dati personali degli utenti dei servizi offerti in rete[19].

Il quadro normativo per le reti e i servizi di comunicazioni elettroniche è stato delineato a livello europeo con l'emanazione di cinque Direttive: la Direttiva n. 2002/19 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7.03.2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate (direttiva accesso); la Direttiva n. 2002/20 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7.03.2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica e all'interconnessione delle medesime (direttiva autorizzazioni); la Direttiva n. 2002/21 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro); la Direttiva n. 2002/22 (direttiva servizio universale); la Direttiva n. 2002/58 (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

Risale, dunque, agli albori del nuovo millennio l'adozione della Direttiva relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (è stata, quindi, adottata la Direttiva n. 2002/58 del 12 luglio 2002) le cui disposizioni, ai sensi dell'art. 1, precisavano ed integravano i contenuti della Direttiva 95/46 in tutte le ipotesi di trattamenti di dati e di comunicazioni elettroniche tramite reti e servizi pubblici.

Ai sensi del Considerando 11, analogamente a quanto stabilito dalla Direttiva n. 1995/46, la Direttiva n. 2002/58 non affrontava le questioni relative alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali inerenti ad attività che non fossero disciplinate dal diritto dell'Unione. Essa lasciava, pertanto, inalterato l'equilibrio esistente tra il diritto dei cittadini alla vita privata e la possibilità per gli Stati membri di prendere i provvedimenti di cui all'articolo 15, paragrafo 1, necessari a tutelare la sicurezza

[19] Sui pregiudizi che possono derivare dai trattamenti di dati in rete si v. V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, London, 2013, pp. 150 e ss.; K. KRASNOW WATERMAN, P. J. BRUENING, *Big Data analytics: risks and responsibilities*, in Int. *Data Privacy Law*, 2014, 4, 2, pp. 89 ss.; F. BOSCO et al., *Profiling Technologies and Fundamental Rights and Values: Regulatory Challenges and Perspectives from European Data Protection Authorities*, in S. GUTWIRTH et al. (eds), *Reforming European Data Protection Law*, Springer, Dordrecht, 2015, pp. 11 ss. Sulla profilazione degli utenti definita 'schedatura sociale' cfr. S. NIGER, *Sorveglianza e nuovi diritti di libertà*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ.*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2008, pp. 12 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Riv. dir. media*, 2018, 2, pp. 5 ss.. Sulla possibilità di controllare i comportamenti degli utenti per ottenere non solo vantaggi di tipo economico ma anche di tipo politico si v. S. PERRY, C. RODA, *Human Rights and digital technology*, London, 2017, pp. 63 ss. Con riguardo ai rischi derivanti dalla sorveglianza di massa in riferimento al controllo sociale si v, S. NIGER, *Sorveglianza e nuovi diritti di libertà*, cit., pp. 7 ss.; F. H. CATE, *Government Data Mining: The Need for a Legal Framework, Articles by Maurer Faculty*. Paper 150, 2008, pp. 477 ss.; A. MANTELERO, *Data protection, e-ticketing, and intelligent systems for public transport*, in Int. *Data Privacy Law*, 2015, V, 4, pp. 309 ss.; A. MANTELERO, G. VACIAGO, *The "Dark Side" of Big Data: Private and Public Interaction in Social Surveillance. How data collections by private entities affect governmental social control and how the EU reform on data protection responds*, in *Comp. Law Rev. Int.*, 6, 2013, pp. 161 ss.

ISSN 2036-7821

pubblica, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato ove le attività siano connesse a questioni di sicurezza dello Stato) e l'applicazione della legge penale.

La Direttiva in parola ha imposto agli Stati membri di garantire la sicurezza (art. 4) e la riservatezza (art. 5) delle comunicazioni effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione, dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico e dei relativi dati sul traffico, vietando l'ascolto, la captazione, la memorizzazione e altre forme di intercettazione o di sorveglianza delle comunicazioni ad opera di persone diverse dagli utenti, senza consenso di questi ultimi (Considerando 7). Essa ha stabilito, altresì, che l'uso delle reti di comunicazione elettronica ai fini dell'archiviazione di informazioni o per l'accesso ad informazioni già archiviate nell'apparecchio terminale di un utente fosse consentito unicamente a condizione che lo stesso fosse stato informato in modo chiaro e completo sugli scopi del trattamento dei dati in conformità alla Direttiva 95/46 e che gli fosse stata offerta la possibilità di rifiutarlo[20].

A tal fine, oltre all'imposizione di obblighi informativi nei confronti degli utenti, è stato posto in capo ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico l'onere di assumere appropriate misure tecniche e organizzative, relative anche alle reti, per salvaguardare la sicurezza dei servizi offerti[21].

L'integrazione delle disposizioni della Direttiva n. 95/46 con quelle della Direttiva n. 2002/58 mirava, dunque, a far sì che, in tutto il territorio dell'Unione le persone fisiche fossero tutelate con riguardo al trattamento dei dati personali tramite comunicazioni elettroniche.

Unici limiti dei diritti e degli obblighi ivi stabiliti erano quelli previsti *ex* art. 15, Direttiva n. 2002, per la salvaguardia della sicurezza nazionale, della difesa, della sicurezza pubblica, nonché quelli posti al fine di assicurare il perseguimento dei reati[22].

Entrambe le direttive sono state attuate dal Legislatore nazionale con l'emanazione del d. lgs. n. 30 giugno 2003, n. 196, recante il Codice in materia di protezione dei dati personali.

---

[20] Cfr. artt. 4 ss., Direttiva n. 2002/58.

[21] Con riguardo alle restrizioni all'applicazione delle disposizioni della Direttiva 2002/58, giusta il disposto dell'art.15, si prevedeva che gli Stati membri potessero adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi fissati, qualora tali restrizioni costituissero, ai sensi dell'art. 13, par. 1, Direttiva 95/46, misure necessarie, opportune e proporzionate all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. In particolare, i diritti e gli obblighi di cui poteva essere, a determinate condizioni, prevista una limitazione erano quelli stabiliti *ex* artt. 5 e 6, *ex* art. 8, paragrafi da 1 a 4 ed *ex* art. 9, Direttiva 2002/58.

[22] Cfr. CGUE Sentenza del 21 dicembre 2016, Tele2, C-203/15 e C-698/15, punto 71.

ISSN 2036-7821

Tale quadro normativo ha subito rilevanti innovazioni in ragione dell'esponenziale aumento dei flussi transfrontalieri di dati personali[23], cui si è accompagnata la crescente consapevolezza circa la pericolosità della minaccia cibernetica.
Ciò, da un lato, ha reso necessario intervenire sulla disciplina a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e, dall'altro, ha richiesto imponenti interventi normativi volti a garantire la sicurezza delle reti nelle quali i dati transitano e vengono trattati.
Sotto il primo profilo, dapprima, il Legislatore europeo è ripetutamente intervenuto sulla Direttiva n. 2002/58[24]; poi, ha abrogato la Direttiva n.95/46, adottando il GDPR nell'intento di assicurare un livello coerente ed elevato di protezione delle persone fisiche, con contestuale rimozione degli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione[25].
Il Regolamento, con previsioni funzionali al buon funzionamento del Mercato unico[26], mira a garantire certezza del diritto e trasparenza agli operatori economici, offrendo alle persone fisiche in tutti gli Stati membri medesimi diritti azionabili; imponendo ai titolari e ai responsabili dei trattamenti stessi obblighi e responsabilità; assicurando un controllo coerente dei trattamenti dei dati con previsione di sanzioni equivalenti in tutto il territorio dell'Unione; assicurando la efficace cooperazione tra le autorità di controllo dei diversi Stati membri.
All'adozione del Regolamento, il Legislatore europeo ha stabilito che esso dev'essere applicato a tutti gli aspetti relativi alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali

[23] Si v. Considerando 6, GDPR ove si evidenzia che la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione comportano continuamente nuove sfide per la protezione dei dati personali in quanto la portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo. La tecnologia contemporanea consente, infatti, tanto alle imprese private quanto alle autorità pubbliche di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività.

[24] Le modifiche più rilevanti alla Direttiva 58/2002 sono intervenute con l'emanazione della Direttiva 2006/24 del 15.03.2006 del Parlamento europeo e del Consiglio aveva ad oggetto la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e con l'emanazione delle Direttiva 2009/136 del 25 novembre 2009 del Parlamento europeo e del Consiglio ha introdotto modifiche a quattro atti normativi dell'U.E. e, segnatamente, alla Direttiva 2002/22 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica; alla Direttiva 2002/58 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e al Regolamento CE n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.

[25] È stato osservato che la Direttiva 95/46 non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni *online* comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. Cfr. Considerando 9, GDPR. Per una critica al modello adottato dal legislatore europeo si v. A. MANTELERO, *Regulating big data. The guidelines of the Council of Europe in the context of the European data protection framework*, in *Comp. Law & Sec. Rev.*, 2017, 33, 588 ss.

[26] Il Legislatore europeo, pur intendendo tutelare le persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, ritiene necessario che la libera circolazione dei dati all'interno dell'Unione non sia limitata né vietata da previsioni normative aventi ad oggetti il trattamento dei dati personali. Cfr. Considerando 13, GDPR.

ISSN 2036-7821

con riguardo al trattamento dei dati personali che non rientrassero in obblighi specifici previsti dalla Direttiva 2002/58[27] e, per assicurare il coordinamento e la coerenza dei due atti normativi, sottolineava la necessità di una modifica della Direttiva.

Ad oggi, dunque, l'efficace tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali tramite comunicazioni elettroniche – e, dunque, anche e soprattutto nello spazio cibernetico – passa necessariamente per il coordinamento tra i contenuti della Direttiva 2002/58 e il GDPR. Per tale ragione, l'*European Data Protection Board*, con Opinion EDPB 5/2019[28], ha chiarito che sussiste

[27] Cfr. Considerando 173, GDPR.

[28] L'art. 95 e il Considerando 173 GDPR confermano il rapporto *lex generalis-lex specialis* tra il Regolamento stesso e la Direttiva *e-privacy*. L'art. 95, infatti, prevede che il Regolamento "*non impone obblighi supplementari alle persone fisiche o giuridiche in relazione al trattamento nel quadro della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti pubbliche di comunicazione nell'Unione, per quanto riguarda le materie per le quali sono soggette a obblighi specifici aventi lo stesso obiettivo fissati dalla direttiva [e-privacy]*". Ai sensi dell'art. 1, parr. 1 e 2, della Direttiva *e-privacy*, letto alla luce dell'art. 94, par. 2, GDPR le disposizioni della Direttiva *e-privacy* "*precisano e integrano*" le disposizioni del Regolamento generale sulla protezione dei dati, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche. Tale Direttiva, infatti, ha l'obiettivo di armonizzare le "*disposizioni nazionali necessarie per assicurare un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata e alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche e per assicurare la libera circolazione di tali dati e delle apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno della Comunità*" (si v. art. 1, par. 1, Direttiva *e-privacy*). Pertanto, la Direttiva mira a garantire il pieno rispetto dei diritti di cui agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Sussiste comunque la possibilità di interazione tra la direttiva e-privacy e il regolamento generale sulla protezione dei dati, in particolare per quanto concerne competenze, compiti e poteri delle autorità per la protezione dei dati. Con riguardo a tali ipotesi, il par. 3, punto 21, Opinion 5/2019 stabilisce che "*le questioni sottoposte al Comitato sono limitate a trattamenti che ricadono nell'ambito di applicazione materiale sia del regolamento generale sulla protezione dei dati sia della direttiva e-privacy*", in particolare, l'ambito presente parere è circoscritto a: casi in cui non esiste una interazione tra il GDPR e la Direttiva *e-privacy* perché la materia non rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento; casi in cui non esiste una interazione tra il GDPR e la Direttiva *e-privacy* perché la materia non rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva; casi in cui esiste una interazione tra il GDPR e la Direttiva *e-privacy* perché il trattamento ricade nell'ambito di applicazione materiale sia del GDPR sia della Direttiva. Sotto tale ultimo aspetto, la Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E. conferma che è possibile che il trattamento rientri al contempo nell'ambito di applicazione materiale della Direttiva *e-privacy* e del GDPR (si v. CGUE, Sent. 5 giugno 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388. cfr., in particolare, i punti 33-34, nonché Conclusioni dell'avvocato generale Michal Bobek del 19 dicembre 2018, Fashion ID, C-40/17, ECLI:EU:C:2018:1039. cfr. in particolare i punti 111-115). La letteratura sul tema del *soft law* è ampia. Per un primo orientamento, si v. R.R. BAXTER, ***International Law in Her Infinite Variety, The International and Comparative Law Quarterly,*** 1980, pp. 549 ss.; O. ELIAS, C. LIM, ***General Principles of Law, Soft Law and the Identification of International Law, Netherlands Yearbook of International Law,*** 1997, pp. 3 ss. Il ***soft law*** è anche richiamato in dottrina a qualificare fenomeni giuridici diversi da quelli prodotti dagli atti tipizzati nell'ordinamento ma, comunque, produttivi di effetti giuridici negli ordinamenti nazionali. L'elemento che accomuna tale nozione di ***soft law è*** generalmente legato al diritto prodotto da organismi quali le Autorità indipendenti, ovvero organismi produttori di regole etiche, deontologiche o comportamentali. Con riferimento al primo fenomeno si v., nella dottrina nazionale, A. PREDIERI, ***L'erompere delle autorità amministrative indipendenti, Passigli,*** Firenze, 1997 e per il secondo, sempre nella dottrina italiana v. S. RODOTÀ, ***Repertorio di fine secolo, Laterza,*** Roma-Bari, 1999 pp. 13 ss.; M. LEMBO, *Gli strumenti di soft law tra l'ordinamento europeo e quello italiano*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.4, 1° dicembre 2021, pp. 1049 ss.

ISSN 2036-7821

un rapporto di specialità tra Direttiva n. 2002/58 e GDPR in forza del quale in caso contrasto derivante dall'applicabilità ad una fattispecie di entrambe le normative, a prevalere saranno le disposizioni della Direttiva.
Con riguardo al coordinamento tra la disciplina del GDPR e quella della Direttiva n. 2002/58, il 10.01.2017 è stata presentata dalla Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie della Commissione europea, la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la Direttiva 2002/58 (regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche). Cionondimeno, il coordinamento in parola non risulta, allo stato, essere (ancora) intervenuto.
Sul piano interno, ambedue le normative sono trasposte 'nel decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante Codice in materia di protezione dei dati personali, adeguato al GDPR giusta decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101.
Il Codice è stato modificato nel settembre (con decreto legge 30 settembre 2021, n. 132, convertito, con modificazioni, in legge 23 novembre 2021, n. 178) e nell'ottobre 2021 (con decreto legge 8 ottobre 2021, n. 139, convertito, con modificazioni, in legge 3 dicembre 2021, n. 205) con interventi che hanno interessato il Titolo X, Capo I, artt. 121 ss., relativi ai servizi di comunicazione elettronica, ossia' al trattamento dei dati effettuato con trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche. Sono, dunque, state parzialmente innovate le regole aventi ad oggetto il trattamento dei dati attraverso sistemi di trasmissione, apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse, inclusi gli elementi di rete non attivi, che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa *internet*, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato[29] .
Tali modifiche mirano a garantire all'utente che naviga in rete l'integrità dei dati e la sicurezza dei trattamenti, attraverso l'imposizione di obblighi al fornitore del servizio di comunicazione elettronica.
Emerge, dunque, che la disciplina a tutela dell'interessato e volta e ad imporre obblighi stringenti ai titolari del trattamento, siano essi soggetti pubblici o privati, trova applicazione nello spazio reale quanto in quello cibernetico, eccetto che nei casi

[29] Cfr. art. 121, co. 1 *bis*, lett. c, d. lgs. n. 196/2003.

ISSN 2036-7821

di esclusione fissati dall'art. 2 co. 2, GDPR, nonché nelle ipotesi in cui la normativa europea riconosce agli Stati membri di limitare, con misure legislative, la portata degli obblighi e dei diritti sanciti dal GDPR e dalla Direttiva 2002/58.
Tali limitazioni devono rispettare l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e risultare necessarie e proporzionate in una società democratica a salvaguardare interessi quali la sicurezza nazionale, la difesa, la sicurezza pubblica[30].
Con specifico riguardo alla gestione dei dati nel cyberspazio, un espresso limite all'applicazione delle disposizioni volte ad assicurare la protezione dei dati personali si rinviene all'art. 13, l. 109/2021, ove si stabilisce che nel corso delle attività volte a garantire la *cybersecurity*[31] i trattamenti di dati personali effettuati per finalità di 'sicurezza nazionale', devono essere eseguiti ai sensi del (solo) articolo 58, co. 2 e 3, d. lgs. n. 196/2003.
Dunque, nel corso delle attività di cybersicurezza aventi finalità di sicurezza nazionale si esclude l'applicazione delle regole contenute nel Codice in materia di protezione dei dati personali, eccezion fatta per le di disposizioni contemplate dall'art. 58, co. 2 e 3 dello stesso.
Il limite in parola richiede d'essere indagato alla luce di un chiarimento di ordine concettuale: benché, in alcune circostanze, la minaccia informatica possa costituire uno strumento per mettere in pericolo il funzionamento delle infrastrutture critiche di un Paese e pur non apparendo revocabile in dubbio che la sicurezza informatica (o cybersicurezza) possa rilevare ai fini della sicurezza nazionale e/o internazionale, la sua nozione non può essere identificata *tout court* con quella di sicurezza nazionale (e/o internazionale).
In altre parole, non tutte le minacce informatiche costituiscono un rischio per la sicurezza nazionale. La nozione stessa di cybersicurezza, infatti, è ampia e inclusiva di tutte le attività volte a garantire la sicurezza delle reti che possono rilevare anche (e non solo) sul piano della sicurezza nazionale.
La 'sicurezza nazionale', infatti, è costituita dall'insieme delle attività volte ad assicurare la protezione dello Stato-nazione da minacce che ne mettono a repentaglio l'indipendenza politica, l'integrità territoriale e la coesione socio-politica[32]. Codeste

[30] Si v. art. 23, co 1., GDPR, nonché art. 15, Direttiva 2002/58.

[31] Giusta il disposto dell'art. 1, co. 1, lett. a), l. n. 109/2021, per cybersicurezza si intende "*l'insieme delle attività necessarie per proteggere dalle minacce informatiche reti, sistemi informativi, servizi informatici e comunicazioni elettroniche, assicurandone la disponibilità, la confidenzialità e l'integrità, e garantendone altresì la resilienza*". Le attività in parola, ai sensi della l. n. 109/2021, sono state demandate all'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN), istituita con d.l. 14 giugno 2021, n. 82, convertito in l. n. 4.08.2021, n. 109, a tutela degli interessi nazionali nel campo della cybersicurezza, anche ai fini della tutela della sicurezza nazionale nello spazio cibernetico. Ai sensi dell'art. 7, Decreto *NIS*, l'ACN è designata quale autorità nazionale competente NIS per i settori e sottosettori di cui all'allegato II e per i servizi di cui all'allegato III.

[32] L'art. 4, par. 2, TUE, stabilisce che la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro. Con legge 3 agosto 2007, n. 124, l'ordinamento italiano ha innovato la disciplina del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica attribuendo al Presidente del Consiglio dei ministri in via

ISSN 2036-7821

attività mirano a tutelare le funzioni essenziali dello Stato e gli interessi fondamentali della società e comprendono la prevenzione e la repressione dei comportamenti – come quelli perpetrati tramite atti terroristici – che possono destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un Paese, minacciando direttamente la società e la popolazione[33].

Alla luce di tale precisazione è possibile inquadrare il limite all'applicazione della disciplina sulla protezione dei dati personali nei termini che seguono: quando le attività volte ad assicurare la sicurezza cibernetica implichino il trattamento di dati personali, il titolare del trattamento è tenuto al rispetto di tutti gli obblighi imposti dalla normativa europea e da quella nazionale a garanzia della posizione dell'interessato di cui al GDPR e alla Direttiva n. 2002/58, salvo il trattamento non sia effettuato per finalità di 'sicurezza nazionale', nel qual caso – ai sensi dell'art. 13, l. n.109/2021 – esso dovrà essere effettuato ai sensi del (solo) art. 58, co. 2 e 3, d. lgs. n. 196/2003.

Ne deriva che quella che *prima facie* parrebbe essere una rilevante limitazione dell'applicazione della disciplina a garanzia delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati nel cyberspazio non riguarda tutti i trattamenti dei dati personali in ambito di *cybersecurity*, bensì solo quelli effettuati per finalità di 'sicurezza nazionale'.

La disciplina del trattamento dei dati personali effettuato per tali specifici fini è cristallizzata nell'art. 58, d. lgs. n. 196/2003 ss.mm.ii., il quale, nella sua versione originaria, imponeva che, ai trattamenti effettuati dagli organismi impegnati nei servizi per le informazioni e la sicurezza dello Stato, fossero applicate determinate disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati (in particolare, quelle

esclusiva numerosi compiti tra i quali rientra, ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. a), l'alta direzione e la responsabilità generale della politica dell'informazione per la sicurezza, nell'interesse e per la difesa della Repubblica e delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento. La nozione di 'sicurezza nazionale' si distingue da quella 'sicurezza pubblica'. Come recentemente evidenziato da R. URSI, *La Sicurezza Pubblica*, Il Mulino, 2022, pp. 55 ss., pur trattandosi di ambiti strettamente correlati, essi sottendono ad interessi differenti. Mentre la sicurezza nazionale richiama una qualificazione costituzionale della sicurezza che si declina nella dicotomia istituzione - comunità e riguarda la difesa della Patria e la salvaguardia delle libere istituzioni, l'esatto inquadramento della sicurezza pubblica dipende, invece, dal differente modo di intendere i rapporti tra autorità statale e sfera individuale. Sulla sicurezza pubblica si v., *ex plurimis*, B. CARAVITA DI TORITTO, *Sicurezza e sicurezze nelle politiche regionali*, in *federalismi.it*, n. 25/2004, pp. 1-13; I. BELLONI, *Metamorfosi della sicurezza. Dall'ordine della sicurezza alla sicurezza (dell'ordine) dei diritti*, in T. GRECO (a cura di), *Dimensioni della sicurezza*, Torino, Giappichelli, pp. 75-106; E. CHITI, B.G. MATTARELLA, *La sicurezza europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n- 2/2008, pp. 305-350. G. CAMPESI, *Genealogia della pubblica sicurezza*, Ombre corte, Verona, 2009, pp. 12 ss.; M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 4 ss. Sulla definizione di 'sicurezza' quale protezione della invasività proveniente da azioni esterne, di terzi stati, di organizzazioni internazionali aggressive, di organizzazioni terroristiche cfr., *ex multis*, G. De VERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e dell'emergenza normalizzata*, in Rivista AIC, n. 4/2019, pp. 65-85.

[33] Cfr., *ex multis*, CGUE Sentenza 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, punto 135.

ISSN 2036-7821

previste negli artt. da 1 a 6, 11, 14, 15, 31, 33, 58, 154, 160 e 169, nonché alle disposizioni di cui agli artt. 37, 38 e 163)[34].
Dunque, anche con riguardo ai trattamenti di tale natura, l'ordinamento approntava in favore dell'interessato un'intensa tutela, prevedendo che nessun atto giudiziario o amministrativo, implicante una valutazione del comportamento umano, potesse essere fondato unicamente sul trattamento automatizzato di dati personali volto a definirne il profilo o la personalità. All'interessato veniva così riconosciuto, *ex* art. 14, co. 1 e 2, il diritto di opporsi ad ogni tipo di determinazione adottata sulla base del (solo) trattamento automatizzato.
In occasione dell'adeguamento del d. lgs. n.196/2003 al GDPR, intervenuto, come detto, ad opera del d. lgs. n. 101/2018, il Legislatore ha sottoposto l'art. 58 cit. ad una profonda modifica: abrogate le disposizioni in cui si stabiliva che i trattamenti dei dati personali eseguiti per finalità di sicurezza nazionale dovessero essere (comunque) disciplinati dal Codice in materia di protezione dati, ne ha previsto la sottoposizione al decreto legislativo 18 maggio 2018, n. 51, di attuazione nell'ordinamento nazionale della Direttiva UE n. 2016/680 del 27 aprile 2016 (cd. 'Direttiva polizia')[35].
È, dunque, alla Direttiva Polizia e al suo Decreto attuativo che dev'essere rivolta l'attenzione al fine di individuare le regole sul trattamento dei dati nelle attività di *cybersecurity* effettuate per finalità di sicurezza nazionale di cui all'art. 13, l. n. 109/2021.

4. *La disciplina del trattamento dei dati nel corso delle attività di cybersecurity effettuate per finalità di sicurezza nazionale.*
Come anticipato, l'art. 13, l. n. 109/2021, stabilisce che quando le attività di *cybersecurity* implicano trattamenti di dati svolti per finalità di sicurezza nazionale tali trattamenti devono essere effettuati ai sensi i soli commi 2 e 3 dell'art. 58, d. lgs. n. 196/2003 ss.mm.ii.
Il comma 2 dell'art. 58 cit., oltre a imporre l'applicazione degli artt. 23 e 24, d. lgs. n. 51/2018, prevede che a tutti i trattamenti effettuati per finalità di sicurezza nazionale – e, quindi, anche i trattamenti effettuati *ex* l. n. 109/2021 – si applicano le disposizioni di cui al comma 1 e, segnatamente, gli artt. 2, 3, 8, 15, 16, 18, 23, 24, 25, 37, 41, 42 e 43 del d. lgs. n. 51/2018, "in quanto compatibili".
In primo luogo, si osserva che l'uso dell'espressione "in quanto compatibili" si è reso necessario in ragione della intrinseca contraddittorietà di tale previsione: si

[34] L'art. 58, d. lgs. n. 196/2003 nella sua versione originaria è entrato in vigore il 1° gennaio 2004 e prendeva in considerazione tutti i trattamenti "*effettuati dagli organismi di cui agli articoli 3, 4 e 6 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, ovvero sui dati coperti da segreto di Stato ai sensi dell'articolo 12 della medesima legge*" (co. 1), nonché quelli "*..effettuati da soggetti pubblici per finalità di difesa o di sicurezza dello Stato*".
[35] Cfr. art. 58, co. 1, d. lgs. n. 196/2003.

ISSN 2036-7821

richiamano le disposizioni del citato Decreto nonostante il Legislatore ne avesse espressamente escluso l'applicazione con riguardo ai trattamenti effettuati nello svolgimento di attività concernenti la sicurezza nazionale[36].

Venendo poi al contenuto delle disposizioni in esame, una prima macroscopica differenza tra la disciplina generale relativa al trattamento dei dati personali e quella in esame si rinviene nell'assenza del consenso dell'interessato quale principale base giuridica del trattamento.

Ed invero, pur prevedendo alcuni diritti in capo agli interessati[37], con la disciplina dettata dal Decreto n. 51/2018, il Legislatore ha inteso assicurare la correttezza dei trattamenti[38] solo mediante l'imposizione di obblighi ai titolari del trattamento[39]– ossia le Autorità competenti ai sensi dell'art. 2, co. 1 lett. g – nonché ai responsabili dello stesso[40].

Un elemento di rottura rispetto al passato è poi costituito dal rinnovato approccio del Legislatore europeo e, conseguentemente, di quello nazionale, rispetto ai processi decisionali automatizzati.

Sino al 2018, infatti, il Codice in materia di protezione dati, in linea con la Direttiva n. 95/46, prevedeva che nessun atto o provvedimento giudiziario/amministrativo, implicante la valutazione di un comportamento umano, potesse essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali attuato per definire il profilo o la personalità dell'interessato il quale poteva, ai sensi dell'art. 7, co. 4, lett. a), opporsi in ogni caso alle determinazioni adottate sulla base di trattamenti completamente automatizzati[41].

A partire dal 2016, l'U.E., giusta il disposto dell'art. 11, co. 1, Direttiva n. 680/2016, ha previsto come possibili e leciti i trattamenti completamente automatizzati, richiedendo a ciascuno Stato membro di adottare, in sede di attuazione della stessa, garanzie adeguate per i diritti e le libertà degli interessati[42].

---

[36] Il vigente art. 1, co. 3, lett. a, d. lgs. n. 51/2018, stabilisce quanto segue: "*il presente decreto non si applica ai trattamenti di dati personali: a) effettuati nello svolgimento di attività concernenti la sicurezza nazionale o rientranti nell'ambito di applicazione del titolo V, capo 2, del trattato sull'Unione europea e per tutte le attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea*".

[37] I diritti degli interessati sono trattati nel Capo II, d. lgs. n. 51/2018.

[38] Con riguardo alla modalità in cui il trattamento dev'essere effettuato, l'art. 3, d. lgs. n. 51/2018, stabilisce che qualsiasi informazione riguardante persone fisiche identificate o identificabili debba essere trattata in modo lecito (ossia per finalità determinate, espresse e legittime) e che i dati personali siano sottoposti a esami periodici che consentano di catalogarli in ragione della finalità del trattamento, in relazione alle diverse categorie di interessati previste dalla legge e distinguendo i dati fondati su fatti da quelli fondati su valutazioni con l'obiettivo di verificarne costantemente la qualità, al fine di valutare la persistenza della necessità di conservazione, ovvero la necessità di procedere alla cancellazione o anonimizzazione degli stessi.

[39] Cfr. art. 16, d. lgs. n. 51/2018.

[40] Si v. art. 18, co. 5, d. lgs. n. 51/2018.

[41] Cfr. art. 14, d. lgs. n. 196/2003, vigente sino alle modifiche introdotte giusta d. lgs. n. 101/2018.

[42] Si v. art. 11, co. 1 Direttiva n. 680/2016.

ISSN 2036-7821

Conseguentemente, il Legislatore nazionale, all'art. 8, D.Lgs. n. 51/2018, ha stabilito che, qualora il diritto dell'U.E. o specifiche disposizioni di legge le autorizzino, sono consentite le decisioni basate sul trattamento unicamente automatizzato, compresa la profilazione[43], anche qualora il trattamento riguardi categorie di dati 'particolari' *ex* art. 9, GDPR e produca effetti negativi nei confronti dell'interessato. Resta salvo, ai sensi dell'art. 8, co. 2 D.Lgs. n. 51/2018, il solo diritto riconosciuto a quest'ultimo di chiedere al titolare del trattamento l'intervento umano.

Appiattendosi sul dettato della Direttiva n. 680/2016, il Legislatore nazionale ha rinviato alle leggi di settore l'onere di adottare adeguate garanzie a tutela dell'interessato, limitandosi a stabilire, *ex* art. 25, co. 2, che in caso di trattamenti completamente automatizzati, gravi sul titolare del trattamento la responsabilità di adottare misure volte a garantire il controllo dell'accesso alle attrezzature; il controllo dei supporti di dati e dell'accesso agli stessi, nonché della loro conservazione; il controllo dell'utente; il controllo della trasmissione; il controllo dell'introduzione; il controllo del trasporto; il recupero in caso di interruzione dei sistemi utilizzati.

L'abbassamento delle tutele nei riguardi del soggetto interessato dal trattamento è tanto più evidente se si riflette su un aspetto: anche al di fuori dei trattamenti completamente automatizzati, il Capo II, d. lgs. n. 51/2018 che ha ad oggetti i diritti dell'interessato non è mai richiamato né dall'attuale art. 58, d. lgs. n. 196/2003 ss.mm.ii., né dalla l. n. 109/2021.

Si rammenta che il Capo II, all'art. 9 cit., disciplina le comunicazioni e le modalità per l'esercizio dei diritti dell'interessato; all'art. 10 elenca le informazioni da rendere disponibili o da fornire all'interessato; all'art. 11, riconosce il diritto di accesso dell'interessato; ai sensi dell'art. 12, prevede il diritto di rettifica o cancellazione di dati personali e limitazione di trattamento e, infine, *ex* art. 13, disciplina l'esercizio dei diritti dell'interessato e verifica da parte del Garante. Alcuna delle disposizioni in parola è richiamata dall'art. 13, l. n. 109/2021.

Ancora una volta, come spesso accade, esigenze di sicurezza nazionale impongono il sacrificio delle disposizioni atte a garantire le libertà e i diritti dei singoli, tra le quali senza dubbio rientrano quelle relative alla protezione dei dati personali.

Fermo restando il diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale cagionato da atti e trattamenti compiuti in violazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 51/2018 (art. 41, d. lgs. n. 51/2018) e riconosciuto all'interessato eventualmente leso *ex* art. 82 GDPR, tale evidente 'sbilanciamento' in favore della sicurezza nazionale trova nel sistema attualmente vigente, due contrappesi: l'uno, nell'azione pretoria delle Corti sovranazionali impegnate nell'individuazione dei limiti entro cui le esigenze di sicurezza nazionale possano giustificare il sacrificio delle libertà fondamentali degli

[43] L'attività di profilazione è vietata, ai sensi del co. 4, art. 8, solo se finalizzata alla discriminazione di persone fisiche sulla base di categorie particolari di dati personali di cui all'art. 9, GDPR.

ISSN 2036-7821

individui[44]; l'altro nei poteri riconosciuti alle Autorità amministrative di controllo anche nelle ipotesi di trattamenti di cui all'art. 58, D.Lgs. n. 196/2003, in uno alla previsione di un sistema sanzionatorio volto a colpire duramente chiunque violi i principi generali relativi al trattamento dei dati personali e quelli specifici relativi ai trattamenti automatizzati.

Ai sensi dell'art. 37, D.Lgs. n. 51/2018 richiamato espressamente dall'art. 58 cit., il Garante per la Protezione dei Dati è individuato quale autorità di controllo incaricata di vigilare sull'applicazione delle norme di cui al D.Lgs. n. 51/2018, al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali e di agevolare la libera circolazione dei dati all'interno dell'Unione europea.

In quanto tale, al Garante è attribuito il potere svolgere indagini sull'applicazione del Decreto, anche in base ad informazioni ricevute da altre Autorità pubbliche; di rivolgere avvertimenti al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento in ordine alle possibili violazioni delle norme del D.Lgs. 51/2018; di ingiungere al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di conformare i trattamenti alle disposizioni del Decreto, se del caso, con specifiche modalità ed entro un determinato termine, ordinando in particolare la rettifica o la cancellazione di dati personali; di imporre una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto e il blocco dello stesso; di denunciare i reati dei quali viene a conoscenza nell'esercizio o a causa delle funzioni.

L'art. 37 riconosce, altresì, al Garante il potere di ottenere dal titolare e dal responsabile del trattamento l'accesso a tutti i dati personali oggetto del trattamento.

La disposizione in parola deve essere letta in combinato disposto con l'art. 160, D.Lgs. n. 196/2003, ove si prevede che, per i trattamenti di dati personali di cui all'art. 58, gli accertamenti relativi agli organismi di informazione e di sicurezza e ai dati coperti da segreto di Stato debbano essere effettuati per il tramite di un unico componente designato dal Garante stesso al quale, ai sensi del comma 4, è riconosciuto (solo) di poter prendere visione degli atti e dei documenti rilevanti e di riferire oralmente all'*Authority* che lo ha nominato.

In altre parole, per l'esecuzione degli accertamenti relativi agli organismi di informazione e di sicurezza oppure ai dati coperti da segreto di Stato, il controllo del Garante si sostanzia nella individuazione di un soggetto il quale potrà riferire solo in via orale degli atti di cui prenderà visione.

Come anticipato, ai poteri di controllo riconosciuti al Garante per la protezione dati si affianca la previsione di un pervasivo sistema sanzionatorio inteso a colpire il titolare del trattamento.

[44] Sul punto si rinvia al par. successivo.

ISSN 2036-7821

Il d. lgs. n. 51/2018, infatti, prevede che le violazioni delle disposizioni di cui agli artt. 3, co. 1, lett. a), b), d), e) ed f) e 8, sono punite con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma non inferiore a 50.000,00 euro che può arrivare, nei casi più gravi, alla misura di 150.000,00 euro (art. 42, co. 3 e 4, d. lgs. n. 51/2018).
La medesima sanzione amministrativa si applica al trasferimento dei dati personali verso un Paese terzo o un'organizzazione internazionale in assenza della decisione di adeguatezza della Commissione europea. È prevista, inoltre, l'irrogazione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma compresa tra 20.000,00 euro a 80.000,00 euro in caso di violazione della disposizione di cui all'art. 24, co 1 e 4, D.Lgs. n. 51/2018.
I controlli operati dall'Autorità indipendente preposta e il descritto sistema sanzionatorio costituiscono un deterrente contro gli abusi. Oltre ad essi, l'equilibrio protezione dei dati e sicurezza cibernetica, è costruito *case by case* dalle Corti sovranazionali e, in particolare, dalla Corte di Giustizia dell'U.E., che nel dirimere le più disparate fattispecie garantisce il bilanciamento tra diritti ed interessi apparentemente confliggenti.

5. *Il bilanciamento tra cybersecurity, sicurezza nazionale e diritto alla protezione dei dati personali operato dalla Corte di Giustizia dell'U.E.*
Come riferito, la necessità di assicurare la protezione dei dati personali e l'esigenza di garantire la sicurezza delle reti attraverso le quali tali dati transitano nascono dal considerevole aumento dei flussi transfrontalieri di informazioni personali scambiate tra attori pubblici e privati in ragione dallo sviluppo di nuove tecnologie applicate alla vita quotidiana e della implementazione del Mercato Unico.
Nel garantire la sicurezza *delle* reti, ciò che può accadere è che si prevedano deroghe ingiustificate delle disposizioni in tema di protezione dei dati personali che finiscono per tradursi in violazioni dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (in particolare degli artt. artt. 7 e 8) e per ingenerare effetti dissuasivi sull'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica da parte degli utenti che si percepiscono violati nella propria libertà di espressione[45].
È sufficiente rammentare quanto emerso dal rapporto dell'*Intelligence and Security Committee of Parliament* che nel 2015 ha reso pubblica l'esistenza di pratiche di raccolta e di utilizzo di dati relativi a comunicazioni in massa da parte dei vari servizi di sicurezza e di *intelligence* del Regno Unito (il GCHQ, il MI5 e il MI6), o, ancora, evocare vicende quali il cd. *Datagate*, per comprendere che l'espletamento delle attività necessarie a garantire la sicurezza delle reti può facilitare la commissione di

[45] Cfr. CGUE Sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland* e a., C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, punti 27 e 37, nonché Sent. 21 dicembre 2016, Tele2, C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970, punti 99 e 100 e Sent. 6.10.2020, La Quadrature du Net e a., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, punto 118.

ISSN 2036-7821

abusi da parte dei fornitori dei servizi di comunicazione elettronica, siano essi soggetti pubblici o privati.

L'individuazione dell'equilibrio tra diritti e interessi confliggenti deve molto alla Giurisprudenza europea e, segnatamente, all'attività pretoria della Corte di Giustizia dell'U.E. che ha concorso a delineare i limiti entro i quali le esigenze di *cybersecurity* possono giustificare ingerenze nel diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati[46].

Tentando di districarsi tra impianti normativi europei e nazionali, le pronunce della Corte lasciano trasparire che, per quanto l'interesse alla sicurezza del cyberspazio sia pregnante, solo gravi e comprovati motivi espressamente specificati, possono giustificare l'arretramento delle tutele poste a salvaguardia del diritto fondamentale alla protezione dei dati.

In particolare, distinguendo le esigenze di sicurezza cibernetica da quelle di sicurezza nazionale, la Corte si è espressa su fattispecie eterogenee accedendo a una definizione 'elastica' di dato personale[47] e concorrendo a tracciare il perimetro entro cui esplicano i propri effetti le differenti normative di settore[48].

---

[46] Si v., *ex multis*, CGUE Sent. 16 dicembre 2008, *Heinz Huber c. Bundesrepublik Deutschland*; Id. 29 giugno 2010, C-28/08 P, Commissione europea c. *The Bavarian Lager Co.* Ltd, C-524/06. Si rammenta che il processo di rafforzamento del diritto alla protezione dei dati personali nell'U.E. ha avuto inizio nel 2014 con la pronuncia 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, C-293/12 e C-594/12, con cui la Corte avendo constatato che la Direttiva CE n. 2006/24 non prevedeva garanzie sufficienti ad assicurare una protezione efficace dei dati conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, ha ritenuto che il Legislatore europeo con l'adozione della suddetta Direttiva abbia ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce degli artt. 7, 8 e 52, par., Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. In particolare, la Corte ha evidenziato che la Direttiva 2006/24 non prevedeva disposizioni specifiche atte a garantire gli interessati rispetto alla conservazione di vaste quantità di dati, né rispetto al rischio di accesso illecito a questi ultimi e ha posto fine alla cd. *blanket data retention*, ossia al sistema generalizzato di conservazione di massa dei dati. Sulla tutela 'forte' del diritto alla protezione dati cfr. anche CGUE Sent. 24 novembre 2011 *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL* (SABAM), C-70/10; Id. Sent. 16 febbraio 2012, C-360/10, *SABAM*; 2 Id. Sent. 4 novembre 2011, C-468 e 469/10, *ASNEF e FECEMD*; Id. Sent. 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc.*; Id. Sent. 6 ottobre 2015, C-362/14, Schrems. Su tale ultima pronuncia, si richiamano le riflessioni di G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Dir. inf. informatica*, 2015, p. 779 ss. e di M. NINO, *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione Schrems della Corte di giustizia UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, pp. 755-787. Più in generale, sulla protezione della *privacy* e dei dati personali nella giurisprudenza della CGUE si v., *ex multis*, G. TIBERI, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: la protezione dei diritti fondamentali nel «dopo-Lisbona»*, in *Quad. cost.*, 2014, pp. 719-725; A. Oddenino, *Code is Still Law: la codificazione dei diritti in internet, la tutela dei dati personali e l'arduo contrappunto del diritto alla tecnocrazia*, in *Quaderni di SIDIBlog*, n. 2/2015, p. 279 ss..

[47] La CGUE nella Sent. 19 ottobre 2016, *Breyer* c. *Bundesrepublik Deutschland*, C-582/14, con riguardo agli indirizzi IP dinamici ha statuito che "*l'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46 dev'essere interpretato nel senso che un indirizzo IP dinamico registrato da un fornitore di servizi di media online in occasione della consultazione, da parte di una persona, di un sito Internet che tale fornitore rende accessibile al pubblico costituisce, nei confronti di tale fornitore, un dato personale ai sensi di detta disposizione, qualora detto fornitore disponga di mezzi giuridici che gli consentano di far identificare la persona interessata grazie alle informazioni aggiuntive di cui il fornitore di accesso a Internet di detta persona dispone*".

[48] Cfr., *ex multis*, CGUE Sent. 16 dicembre 2008, *Heinz Huber c. Bundesrepublik Deutschland*; Id. 29.06.2010, C-28/08 P, Commissione europea c. *The Bavarian Lager Co. Ltd*, C-524/06. Sulla tutela 'forte' del diritto alla protezione dati cfr. anche CGUE Sent. 24 novembre 2011 *Scarlet Extended SA* c. *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*

ISSN 2036-7821

Il fatto che la sicurezza cibernetica costituisca un obiettivo centrale delle politiche europee in nome del quale possono astrattamente giustificarsi ingerenze nei diritti fondamentali degli interessati è emerso chiaramente nel caso Breyer c. *Bundesrepublik Deutschland*[49], vicenda nella quale la Corte di Giustizia si è pronunciata sia sulla natura degli indirizzi IP dinamici, che sui limiti entro cui il diritto dell'U.E. – e, segnatamente, l'art. 7, lett. f), Direttiva n. 95/46 – consenta o meno a uno Stato membro di limitare il fornitore di servizi di media *on-line* nella raccolta e nell'utilizzo di dati degli utenti dei servizi offerti in mancanza del loro consenso.
La vicenda da cui è scaturito il rinvio merita, seppur in punta di penna, di essere accennata per comprendere a pieno la portata del *decisum* della Corte.
Il ricorrente proponeva un'azione inibitoria contro la Repubblica federale di Germania a causa della memorizzazione, da parte delle istituzioni pubbliche tedesche nella qualità di fornitori di servizi internet, del suo indirizzo IP.
La domanda, respinta in primo grado, è stata parzialmente accolta in appello e la Repubblica federale di Germania è stata condannata ad astenersi dal memorizzare gli indirizzi IP degli utenti oltre il termine di ciascuna operazione di accesso.
L'inibitoria era subordinata alla condizione che il ricorrente fornisse i propri dati personali nel corso dell'operazione di accesso, anche sotto forma di un indirizzo *e-mail* e che la memorizzazione non fosse necessaria al ripristino della disponibilità del servizio di telecomunicazione.
Entrambe le parti hanno poi proposto ricorso per cassazione e la VI Sezione della Corte federale di giustizia tedesca (*Bundesgerichtshof*) ha sollevato innanzi alla CGUE due questioni pregiudiziali: 1) Se l'art. 2, lett. a), Direttiva n. 1995/46 dovesse essere interpretato nel senso che un indirizzo di protocollo Internet (indirizzo IP), memorizzato da un fornitore di servizi in relazione ad un accesso al suo sito *web*, costituisse un 'dato personale' già nel momento in cui un terzo (es. un fornitore di accesso) disponesse delle informazioni aggiuntive necessarie ai fini dell'identificazione dell'utente; 2) Se l'art. 7, lett. f), Direttiva n. 1995/46 ostasse ad una disposizione di diritto nazionale in forza della quale il fornitore di servizi poteva raccogliere e utilizzare i dati personali di un utente senza il suo consenso solo in quanto ciò si rendesse necessario alla fatturazione e ad assicurare l'effettiva fruizione del servizio di telecomunicazione da parte dell'utente stesso.
In sede di rinvio, il Giudice tedesco evidenziava che – al di là degli aspetti legati alla mera fatturazione – secondo il diritto interno la conservazione dei dati personali si rendeva necessaria per garantire la sicurezza e la continuità del funzionamento dei

SCRL (SABAM), C-70/10; Id. Sent. 16 febbraio 2012, C-360/10, *SABAM*; 2 Id. Sent. 4 novembre 2011, C-468 e 469/10, *ASNEF e FECEMD*; Id. Sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.*, C-293/12 e C-594/12; Id. Sent. 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc.*; Id. Sent. 6 ottobre 2015, C-362/14, *Schrems*.

[49] Si rinvia a CGUE Sent. 19 ottobre 2016, Breyer c. *Bundesrepublik Deutschland* (C-582/14).

ISSN 2036-7821

siti dei servizi di media *on-line* resi accessibili al pubblico, consentendo, in particolare, di riconoscere gli attacchi informatici *denial of service*, ossia gli attacchi che impediscono al fornitore di offrire i propri servizi, paralizzando il funzionamento del suo sito *web*.

Il Giudice nazionale, dunque, richiamando esigenze di sicurezza cibernetica e sostenendo che l'assunzione di misure contro gli attacchi alle reti era necessaria a rendere possibile la fruizione di media *on-line*, sottolineava che i dati presenti nei file di registro dei siti *web* dei servizi federali tedeschi – a prescindere dal consenso degli interessati – avrebbero potuto essere utili al contrasto degli attacchi cibernetici, consentendo il perseguimento penale dei 'pirati informatici'.

Al fine di individuare il perimetro applicativo della disciplina europea, la Corte di Giustizia, in linea con i propri precedenti, ha dapprima ribadito che il trattamento dei dati personali da parte dei prestatori di servizi di telecomunicazione che miri a garantire la sicurezza e il funzionamento tecnico dei suddetti servizi rientra nel campo di applicazione della Direttiva n. 95/46, restandone escluso solo quello connesso all'attività dello Stato in materia di diritto penale. Alla luce di ciò, ha evidenziato che il trattamento dei dati controversi non esulasse dall'ambito applicativo della Direttiva n. 95/46, essendo nel corso del procedimento principale emerso che la Repubblica federale di Germania aveva agito in qualità di mero fornitore di servizio *internet* e, dunque, al pari di un privato, *sine imperio*[50].

Al fine di rispondere alla prima questione pregiudiziale – ossia se un indirizzo IP potesse o meno essere considerato 'dato personale' già nel momento in cui un fornitore di accesso disponesse delle informazioni aggiuntive necessarie ai fini dell'identificazione dell'utente – la Corte, richiamando i concetti di identificabilità 'diretta' e 'indiretta', ha chiarito che per qualificare un'informazione come 'dato personale' è sufficiente che essa, messa in collegamento con altre informazioni, anche detenute da soggetti differenti (nel caso di specie il fornitore di servizi di media *online* era diverso dal fornitore di accesso a Internet), consenta l'identificazione di un utente.

In altre parole, dunque, ha ritenuto un'informazione qualificabile come 'dato personale' tutte le volte in cui, unita a dati detenuti anche da soggetti differenti, consenta di identificare l'utente.

Individuati gli indirizzi IP dinamici come 'dati personali', la Corte ha poi tracciato i limiti entro cui il diritto dell'U.E. consente a uno Stato membro di limitare la raccolta e l'utilizzo di dati degli utenti dei servizi in mancanza del loro consenso e – richiamando l'art. 7, lett. f), Direttiva n. 1995/46 – ha sancito che la normativa nazionale che consentiva la conservazione degli indirizzi IP dinamici per il solo specifico fine della fatturazione, non teneva in debita considerazione le esigenze di

[50] Cfr. punto 82, Conclusioni Avvocato Generale.

ISSN 2036-7821

cybersecurity dei servizi federali tedeschi i quali avevano necessità di garantire la continuità del funzionamento dei propri siti *web* e, richiamando un proprio precedente[51], ha rammentato che gli Stati membri potevano solo precisare le condizioni fissate dalla Direttiva 95/46 in ordine alla legittimità del trattamento, non potendo "*…introdurre, sulla base dell'articolo 5 della stessa direttiva, principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati personali diversi da quelli enunciati all'articolo 7 della medesima, né modificare con requisiti supplementari la portata dei sei principi previsti da detto articolo 7*".

Partendo dall'idea che una cospicua parte delle reti e dei sistemi informativi è gestita da privati o da autorità pubbliche che agiscono in qualità di privati, pur interpretando in senso ampio le disposizioni europee in tema di trattamento dei dati, la Corte ha evidenziato che la disciplina a tutela dei dati personali non può essere invocata dai Paesi membri al fine di impedire l'implementazione di sistemi atti a garantire la sicurezza cibernetica e ha riconosciuto che il diritto alla protezione dei dati personali necessita d'essere bilanciato con le esigenze di sicurezza cibernetica, finendo per far prevalere queste ultime[52].

Cosicché la Corte ha stabilito che uno Stato membro non può impedire al fornitore del servizio di media *on-line* di utilizzare i dati personali trattati anche per soddisfare esigenze di sicurezza cibernetica legate al funzionamento generale del sito *web*.

Se, da un canto, l'analisi dell'elaborazione giurisprudenziale rivela la pregnante esigenza di garantire la sicurezza cibernetica; dall'altro, non sembra potersi ritenere che la Corte attribuisca al *favor* per la *cybersecurity* un valore assoluto, riconoscendo che ingerenze ingiustificate nel diritto alla protezione dei dati possono tradursi in abusi da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica che si spesso sostanziano nell'archiviazione di informazioni e/o nell'ingiustificato accesso ed utilizzo di informazioni già archiviate.

La Corte ha, quindi, fornito ai Giudici nazionali – cui è demandata la concreta esecuzione del bilanciamento[53]– alcuni criteri-guida da applicare nell'esame delle singole fattispecie.

Tali criteri sono rinvenibili nelle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in particolare, *ex* artt. 7 e 8, Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.) e dei Trattati (Cfr. art. 16, par. 1, TFUE) e sono arricchiti dalle norme e dai principi espressi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Conv. EDU) e

[51] Segnatamente la Sent. 24 novembre 2011, ASNEF e FECEMD, C-468/10 e C-469/10, punti 30 e 32.

[52] Cfr. anche CGUE C-582/14, cit., punto 58.

[53] Osserva D. MARRANI, *Cybersicurezza* cit., p. 816 che "*tale scelta appare giustificata in considerazione dell'applicazione del principio di sussidiarietà in base al quale è in primis il giudice nazionale (che ha sollevato la questione pregiudiziale) legittimato a conoscere dei diritti e degli interessi meritevoli di tutela nella propria comunità nazionale*". Sul bilanciamento in parola si v. *ex multis* C. FOCARELLI, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 163 ss.; nonché O. POLLICINO, *La «transizione» dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion Pratica*, 2015, pp. 53 ss..

ISSN 2036-7821

dalle interpretazioni della stessa fornite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU).

Le pronunce sul tema del bilanciamento tra i diritti *ex* artt. 7, 8, 10, Conv. EDU e gli altri diritti fondamentali non sono oggetto del presente saggio. Ciononostante sembra doveroso evidenziare che la Corte EDU ha delineato in via giurisprudenziale le differenze tra l'intercettazione mirata e l'intercettazione di massa e, alla luce del crescente grado di intrusione nel diritto alla *privacy* dei processi di intercettazione di massa, si è concentrata sulle cd. protezioni *end-to-end* al fine di valutare la conformità alla Convenzione del regime di sorveglianza segreta che include l'intercettazione delle comunicazioni e la condivisione di informazioni tra Paesi U.E. ed *extra* U.E.[54].

Venendo ai restanti criteri sopra elencati, dai precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia emerge che le ingerenze nella sfera privata altrui attraverso il trattamento dei dati personali devono essere proporzionate e devono rispondere effettivamente a obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione, inclusa l'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Pur avendo censurato l'obbligo di conservazione generalizzata dei dati, la Corte non ha ritenuto del tutto inammissibili le operazioni di archiviazione per fini di sicurezza cibernetica, di sicurezza nazionale e internazionale e di ordine pubblico, enunciando una serie di criteri il rispetto dei quali consente al Paese membro di adottare disposizioni che, a titolo preventivo, consentano la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, per finalità di lotta alla criminalità grave, a condizione che la conservazione dei dati sia limitata allo 'stretto necessario'.

In primo luogo, è necessaria la previsione di norme chiare e precise che indichino in quali circostanze e a quali condizioni una misura di conservazione dei dati può, a titolo preventivo, essere adottata. Deve, quindi, essere disciplinata la portata applicativa delle misure di conservazione dei dati, fissando i requisiti minimi per le operazioni di archiviazione, in modo che le persone i cui dati sono conservati dispongano di garanzie sufficienti a consentirne la efficace protezione contro i rischi di abuso[55].

La Giurisprudenza, inoltre, indica anche la condizione sostanziale che deve essere soddisfatta da una normativa nazionale che, nel contesto della lotta contro la criminalità, imponga o preveda la conservazione, a titolo preventivo, dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione: deve essere sempre individuabile il rapporto tra i dati da conservare e l'obiettivo che si persegue, di modo che la conservazione dei dati risponda sempre a criteri oggettivi.

---

[54] Cfr. ECHR 25 maggio 2021, *Case Of Big Brother Watch And Others v. The United Kingdom*, Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15.

[55] Cfr. Sent. *Digital Rights*, cit. punto 54, nonché Sent. *Tele2 Sverige AB* c. *Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department* cit., punti 110 - 112.

ISSN 2036-7821

Siffatte condizioni devono risultare idonee a delimitare effettivamente la portata del trattamento e limitare il pubblico interessato dalla misura della archiviazione dei dati. La Giurisprudenza ritiene che la normativa nazionale debba essere fondata su elementi oggettivi, che permettano di considerare un pubblico i cui dati sono idonei a rivelare una connessione, almeno indiretta, con atti di criminalità grave. La delimitazione in parola può essere ottenuta anche mediante un 'criterio geografico', qualora le autorità nazionali ritengano che esiste, in una o più aree, un rischio elevato di preparazione o di commissione di reati.

La Corte evidenzia, altresì: a) che l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati deve essere subordinato, in linea di principio, salvo casi di urgenza debitamente giustificati, ad un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente e che la decisione di tale giudice o di tale entità intervenga a seguito di una richiesta motivata delle autorità suddette presentata, in particolare, nell'ambito di procedure di prevenzione, di accertamento o di esercizio dell'azione penale[56]; b) che le autorità nazionali competenti alle quali è stato consentito l'accesso ai dati conservati ne diano notizia alle persone interessate, nell'ambito delle procedure nazionali applicabili, a partire dal momento in cui tale comunicazione non è suscettibile di compromettere le indagini condotte dalle autorità summenzionate[57].

La tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita privata richiede, dunque, che le deroghe alle disposizioni dettate in tema di protezione dei dati personali debbano operare entro limiti chiari e precisi atti a soddisfare il principio di proporzionalità[58]. E ciò anche qualora le restrizioni in parola siano necessarie per soddisfare obiettivi reputati 'primari' tra i quali rientra quello di salvaguardare la sicurezza nazionale quale interesse teso a tutelare le funzioni essenziali dello Stato e gli interessi fondamentali della società che comprende la prevenzione e la repressione di attività che possono destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un paese e, in particolare, minacciare direttamente la società, la popolazione o lo Stato in quanto tale, come specialmente le attività terroristiche[59].

---

[56] Cfr. punto 120, Sent. *Tele2 Sverige AB* c. *Post-och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department* cit. che sul punto richiama, per analogia, Corte EDU, Sent. 12 gennaio 2016, Szabó e Vissy c. Ungheria, parr. 77 e 80.

[57] Si v., per analogia, CGUE Sent. 7 maggio 2009, Rijkeboer, C-553/07, punto 52, nonché Id. Sent. 6 ottobre 2015, Schrems, C-362/14, punto 95.

[58] Si richiamano, *ex multis*, CGUE Sent. 16 dicembre 2008, Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia, C-73/07, punto 56; Id. Sent. 9 novembre 2010, Volker und Markus Schecke e Eifert, C-92/09 e C-93/09, punti 76, 77 e 86; Id. Sent. 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland e a., C-293/12 e C-594/12, punti 52, 54 e 55; Id. Sent. 21 dicembre 2016, Tele2, C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970, punto 117; Parere 1/15 (Accordo PNR UE-Canada) 26 luglio 2017, EU:C:2017:592, punti 140 e 141.

[59] Si v.. CGUE Sent. 6 ottobre 2020 La Quadrature du Net e a., C-511/18, C-512/18 eC-520/18, punto 135.

ISSN 2036-7821

Il requisito della proporzionalità nella conservazione dei dati si ritiene soddisfatto quando una normativa preveda regole puntuali che disciplinino la portata e l'applicazione della misura limitativa e imponga requisiti che consentano alle persone i cui dati personali sono trattati di disporre di garanzie volte a proteggere efficacemente tali dati dal rischio di abusi.
Sul punto la Corte richiede che, soprattutto per le ipotesi di trattamenti automatizzati, la normativa dello Stato membro che impone trattamenti di massicce quantità di dati personali, non solo debba essere giuridicamente vincolante nell'ambito dell'ordinamento nazionale, ma debba anche indicare in modo specifico a quali condizioni e in quali circostanze tali trattamenti possano essere effettuati.
A tale ultimo proposito, la Corte di giustizia ha ribadito che, ai sensi dell'art. 15, par.1, Direttiva 2002/58, gli Stati membri possono adottare misure derogatorie del principio della riservatezza delle comunicazioni e dei dati relativi al traffico correlati a queste ultime solo se esse si rivelano necessarie, opportune e proporzionate.
Tale orientamento è stato recentemente confermato anche con riguardo ai trattamenti di dati personali occasionati dallo svolgimento di attività cibernetiche eseguite per finalità di sicurezza nazionale.
La Corte si è espressa sulla compatibilità con il diritto dell'U.E. – e, segnatamente, con gli artt. 1 e 15, par. 1, Direttiva n. 2002/58 (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche, come modificata dalla direttiva 2009/136 del 25 novembre 2009) – dell'obbligo generalizzato di conservazione dei dati relativi al traffico delle persone fisiche imposto da uno Stato membro ad un fornitore di servizi di comunicazione elettronica, in funzione dell'obiettivo della lotta alla criminalità, senza previsione di distinzione, limitazione o eccezione alcuna[60].
Partendo da una valutazione in ordine alla possibilità per i servizi di sicurezza e di *intelligence* nazionale di utilizzare *bulk personal data* – ossia aggregati di dati riguardanti soggetti privati quali dati biografici, dati relativi a viaggi, informazioni di natura finanziaria o commerciale, dati relativi a comunicazioni e atti a contenere informazioni sensibili, coperte da segreto professionale – raccolti nell'esecuzione delle proprie attività in forza di ordini ministeriali motivati da esigenze di sicurezza nazionale e rivolti ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, la Corte si è pronunciata sull'adozione di misure che, in nome della salvaguardia della sicurezza nazionale, comportano penetranti ingerenze nei diritti fondamentali.
Al fine di comprendere le ragioni poste alla base delle decisioni della Corte, è opportuno riflettere su un aspetto fondamentale relativo al transito delle informazioni attraverso le reti: i dati relativi al traffico consentono di ritrovare e

[60] Si rinvia a Corte di Giustizia Grande Sezione 6 ottobre 2020, Causa C-623/17, *Privacy International* contro *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Secretary of State for the Home Department, Government Communications Headquarters, Security Service, Secret Intelligence Service.*

ISSN 2036-7821

identificare la fonte di una comunicazione e la destinazione di quest'ultima, di stabilire la data, l'ora, la durata e il tipo di una comunicazione, nonché il materiale di comunicazione degli utenti e di localizzare il materiale di comunicazione mobile. Nel novero di tali dati figurano, in particolare, il nome e l'indirizzo dell'utente, il numero di telefono del chiamante e il numero chiamato, nonché un indirizzo IP per i servizi *Internet*. Tali dati permettono di individuare la persona con la quale un utente comunica e di stabilire il tempo della comunicazione, nonché il luogo a partire dal quale quest'ultima ha avuto luogo. Insomma, presi nel loro insieme, i dati in parola sono idonei a consentire di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone e consentono di tracciare il profilo delle persone interessate dal trattamento.

È alla luce di tale premessa concettuale che si sviluppa il ragionamento della Corte di Giustizia.

Tutti i governi intervenuti nel procedimento, oltre alla Commissione, hanno osservato unanimemente che una conservazione parziale e diversificata dei dati personali, al di là delle sue difficoltà tecniche, avrebbe privato i servizi di *intelligence* nazionale della possibilità di accedere ad informazioni indispensabili per l'identificazione di minacce alla sicurezza pubblica e la difesa dello Stato, nonché per il perseguimento degli autori di attentati terroristici[61].

Da tale orientamento si è discostato dapprima l'Avvocato Generale nelle proprie Conclusioni e poi la Corte stessa evidenziando che, "*l'efficacia del potere pubblico […] trova una barriera insuperabile nei diritti fondamentali dei cittadini*", in quanto, dotando il potere pubblico di strumenti esorbitanti per il perseguimento dei reati, mediante i quali esso possa ignorare o svuotare di contenuto i diritti fondamentali, niente potrebbe assicurare che la sua azione incontrollata non si risolva in un pregiudizio alla libertà di tutti. Abbandonandosi alla mera efficacia, lo Stato di diritto perderebbe la qualità che lo contraddistingue e potrebbe diventare esso stesso, in casi estremi, una minaccia per il cittadino.

La difficoltà della lotta al terrorismo risiederebbe, dunque, proprio nel fatto che essa non dev'essere impostata pensando solo alla sua efficacia, in quanto i suoi mezzi e i suoi metodi devono rispettare i requisiti dello Stato di diritto, garantendo, anzitutto, l'assoggettamento del potere e della forza ai limiti del diritto.

[61] Dalle osservazioni presentate dai governi ceco, estone e irlandese nonché dai governi francese, cipriota, ungherese, polacco e svedese emerge che essi erano tutti sostanzialmente contrari all'applicazione della Direttiva n. 2002/58 nei confronti di una normativa nazionale avente come finalità la salvaguardia della sicurezza nazionale in quanto le attività dei servizi di sicurezza e di *intelligence* si sarebbero dovute considerare rientranti nelle funzioni essenziali degli Stati membri di esclusiva competenza di questi ultimi, come previsto dall'art. 4, par. 2, terza frase, TUE, dall'art. 1, par. 3, Direttiva n. 2002/58 nonché dall'art. 3, par. 2, primo trattino, Direttiva n. 1995/46.

ISSN 2036-7821

Orbene, nonostante forti opinioni contrarie, pur riconoscendo che l'art. 1, par. 3, Direttiva n. 2002/58, esclude dall'ambito della propria applicazione le attività dello Stato eseguite per fini di sicurezza nazionale, la Corte dapprima ha evidenziato che la Direttiva n. 2002/58 lascia inalterato l'equilibrio esistente tra il diritto dei cittadini alla vita privata e la possibilità per gli Stati membri di assumere i provvedimenti necessari a tutelare la sicurezza pubblica, la difesa, la sicurezza dello Stato e a garantire l'applicazione della legge penale[62]; successivamente ha tracciato il perimetro applicativo della Direttiva citata con riferimento ai trasferimenti di dati da parte di fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche alle Autorità pubbliche, partendo da due assunti: a) la Direttiva deve essere considerata come disciplinante le attività dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su reti di comunicazione pubbliche nell'U.E., comprese le reti di comunicazione pubbliche che supportano i dispositivi di raccolta e di identificazione dei dati; b) l'art. 15, par. 1, della medesima Direttiva autorizza gli Stati membri ad adottare "disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all'articolo 9 della [citata] direttiva" solo nel rispetto delle condizioni da essa previste.
La Corte ha quindi richiamato gli artt. 3 e 15, cit. e ha stabilito che rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva non solo le misure legislative che impongono ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di conservare i dati relativi al traffico e all'ubicazione dell'utente, ma anche quelle volte ad imporre ai fornitori del servizio di accordare alle autorità nazionali l'accesso a tali dati.
Sancita l'applicabilità della Direttiva n. 2002/58 alla fattispecie sottopostale, la Giurisprudenza si è concentrata sul limite che incontra l'autorità pubblica nazionale nel richiedere ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la trasmissione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e all'ubicazione per finalità di sicurezza nazionale.
Per un verso, la Corte ha evidenziato che il divieto di intercettare le comunicazioni e i dati ad esse relativi, fissato dall'art. 5, par. 1, Direttiva n. 2002/58, ricomprende qualsiasi forma di 'messa a disposizione' dei dati oggetto di traffico in rete in favore delle autorità pubbliche. La disposizione in parola, infatti, è volta a concretizzare i diritti sanciti agli artt. 7 e 8 della Carta e fa sì che gli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica, in linea di principio, possano fare affidamento sul fatto che le loro comunicazioni restino, senza il loro consenso, anonime, non potendo formare oggetto di registrazione.
Per altro verso, la Corte ha ribadito che l'art. 15, par. 1, Direttiva n. 2002/58 consente agli Stati membri di introdurre eccezioni all'obbligo di garantire la protezione dei

[62] Cfr. CGUE Sent. 6 novembre 2003, Lindqvist, C-101/01, punto 43, nonché Sent. 16 dicembre 2008, Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia, C-73/07, punto 41.

ISSN 2036-7821

dati personali sancito ex art. 5, par. 1 cit., nonché agli obblighi di cui agli artt. 6 e 9 della medesima Direttiva, a patto che tale limitazione costituisca una misura 'necessaria, opportuna e proporzionata' per la salvaguardia della sicurezza nazionale, della difesa, della sicurezza pubblica o per garantire la prevenzione, la ricerca, l'accertamento e il perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica.

Pur se dalle proprie pronunce più datate emergeva che il trasferimento di dati personali da parte di imprese private ad autorità statali a fini di prevenzione e di lotta al terrorismo e ad altri reati gravi rientrava nell'ambito dei trattamenti attinenti alla pubblica sicurezza[63], la Corte di Giustizia ha reputato necessario distinguere, in relazione all'autore del trattamento dei dati, i tipi di attività rientranti nel perimetro applicativo della Direttiva n. 2002/58.

Da un canto, la Corte ha evidenziato che tale Direttiva autorizza espressamente gli Stati membri ad adottare le misure limitative in parola solo ed unicamente quando esse si rendano necessarie, opportune e proporzionate all'interno di una società democratica a salvaguardare la sicurezza nazionale, la difesa, la sicurezza pubblica e/o a garantire la prevenzione, la ricerca, l'accertamento e il perseguimento dei reati; dall'altro ha ritenuto non equiparabile la posizione di un fornitore di servizi di comunicazione elettronica a quella di una pubblica autorità.

Di talché, la Corte ha statuito che quando gli Stati membri adottano direttamente misure che derogano alla riservatezza delle comunicazioni elettroniche, senza imporre obblighi di trattamento ai fornitori di servizi di tali comunicazioni, la tutela dei dati delle persone interessate rientra non già nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 2002/58, ma in quello del solo diritto nazionale, fatta salva l'applicazione della Direttiva n. 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 (GU 2016, L 119, pag. 89), cosicché le misure di cui trattasi debbono rispettare in particolare il diritto nazionale di rango costituzionale e le disposizioni della CEDU.

L'imposizione di un obbligo di conservazione generalizzata non richiede, quale proprio presupposto, alcuna correlazione tra i dati di cui si chiede la conservazione e una minaccia per la sicurezza cibernetica.

[63] Cfr. CGUE Sent. 30 maggio 2006, Parlamento/Consiglio e Commissione (C-317/04 e C-318/04, EU:C:2006:346, punti da 56 a 59).

ISSN 2036-7821

Osserva la Giurisprudenza che tale obbligo non limita la conservazione nel tempo né ai dati relativi a una zona geografica determinata e/o ad una cerchia di persone suscettibili di essere implicate in una violazione grave.
Una normativa nazionale che riguarda in maniera generalizzata tutti gli abbonati e gli utenti iscritti ad un servizio di comunicazione elettronica e ha ad oggetto tutti i mezzi di comunicazione nonché l'insieme dei dati relativi al traffico, finisce per essere applicata anche a persone a carico delle quali non esiste alcun indizio e che, quindi, non si trovano neanche indirettamente in situazioni suscettibili di dar luogo ad azioni penali.
Di talché, l'imposizione, da parte di un'autorità pubblica nazionale, di un obbligo di conservazione generalizzata dei metadati oggetto delle comunicazioni elettroniche – ancorché finalizzata a contrastare il terrorismo cibernetico o la criminalità organizzata – non è stata considerata compatibile con il diritto dell'Unione in ragione della grave ingerenza nel diritto alla protezione dati che ne discende. La Corte, in particolare, ha dichiarato che una misura nazionale che preveda un obbligo generalizzato di conservazione dei dati relativi al traffico delle persone fisiche inteso ad assicurare l'efficacia della lotta alla criminalità, non può considerarsi esclusa dall'ambito di applicazione della Direttiva n. 2002/58 salvo voler privare quest'ultima di qualsiasi effetto utile e, conseguentemente, ha dichiarato l'incompatibilità della misura nazionale su citata con l'art. 15, par. 1, Direttiva n. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 52, par. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[64].
Dopo aver affrontato il tema dell'utilizzo di tecniche di raccolta non mirate che si basano sull'aggregazione di dati di comunicazione in un unico luogo (la cui principale utilità sarebbe stata quella di consentire l'individuazione e l'elaborazione tempestiva di obiettivi, 'qualora necessario'), la Corte ha bilanciato l'interesse all'utilizzo dei dati nell'esecuzione di attività cibernetiche volte a garantire la sicurezza nazionale (sostanziantesi nel rilevare minacce alla sicurezza nazionale 'precedentemente ignote') con il diritto alla protezione dei dati personali dei soggetti interessati dai trattamenti e ha fatto prevalere quest'ultimo.
Ancora una volta, dunque, il bilanciamento tra il diritto alla protezione dei dati e gli altri diritti e interessi presenti nell'ordinamento si risolve alla luce del principio di proporzionalità.
Per il vero, la Corte riconosce che l'obiettivo di salvaguardia della sicurezza nazionale sia nello spazio reale che in quello cibernetico può, giusta il disposto dell'art. 4, par. 2, TUE, a dir così 'superare' gli altri obiettivi previsti dall'art. 15, par. 1, Direttiva n. 2002/58, di salvaguardia della sicurezza pubblica, nonché di lotta alla criminalità in generale, anche grave. Ciò in quanto, le minacce alla sicurezza

[64] Si v. punto 103, Sent. Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department cit.; Cfr. Sent. 6 ottobre 2020, Causa C-623/17, *Privacy International* cit.

ISSN 2036-7821

nazionale – ossia in grado di mettere in crisi le funzioni essenziali dello Stato e gli interessi fondamentali della società – possono destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un Paese.
Dunque, fatto salvo il rispetto delle altre condizioni previste *ex* art. 52, par. 1 della Carta, l'obiettivo di salvaguardare la sicurezza nazionale può giustificare misure che comportano penetranti ingerenze nei diritti fondamentali.
Pur tuttavia, la Corte rileva che, per rispondere all'obbligo di proporzionalità, le misure che implicano il trattamento dei dati debbano essere eseguite nel rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali fissate normativamente dallo Stato membro. In altre parole, per evitare che la sicurezza nazionale venga utilizzata per giustificare la disapplicazione delle disposizioni poste a protezione dei dati personali, l'autorità pubblica non può limitarsi ad indicare la finalità del trattamento, ma deve eseguire i trattamenti nel rispetto delle condizioni fissate dallo Stato.
Ritenendo che l'accesso 'generale' a tutti i dati conservati effettuato in mancanza di qualunque nesso, anche indiretto, con la finalità perseguita, non possa essere considerato limitato allo 'stretto necessario', la Corte – pur riconoscendo come 'astrattamente prevalente' l'obiettivo di garantire la sicurezza nazionale – si è conformata al proprio precedente orientamento in forza del quale una normativa nazionale che disciplina l'accesso ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione degli interessati deve necessariamente fondarsi su criteri oggettivi che indichino le circostanze e le condizioni per il riconoscimento dell'accesso ai dati.
Dunque, anche i trattamenti effettuati per finalità di sicurezza nazionale – per quanto pregante sia la suddetta finalità – non possono essere effettuati in modo indiscriminato, gli stessi soggiacendo comunque a dei limiti.
In definitiva, sembra potersi convintamente sostenere che l'equilibrio tra protezione dati e sicurezza cibernetica debba molto alla Giurisprudenza europea. Per altro verso, concentrando l'attenzione sui trattamenti effettuati in ambito di sicurezza cibernetica per finalità di sicurezza nazionale, non v'ha dubbio che il continuo potenziamento pretorio delle garanzie a tutela degli interessati fa sì che, anche quando sussistono esigenze pregnanti, il fine di garantire la sicurezza nazionale, ossia l'indicazione della sola finalità in ragione della quale determinati trattamenti vengono eseguiti, non è da solo sufficiente a legittimare gravi ingerenze nella sfera privata dei consociati.

6. Cybersecurity e protezione dei dati personali. Profili ricostruttivi.
Come anticipato nell'introduzione al presente studio, l'utilizzo delle tecnologie digitali ha reso possibile che soggetti pubblici e privati trattino costantemente grandi quantità di dati personali, sfruttando comunicazioni elettroniche e reti nell'espletamento delle proprie attività. Ciò ha determinato la necessità di adottare –

ISSN 2036-7821

dapprima con Direttiva e, poi, con Regolamento – un impianto normativo teso a garantire la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (cd. protezione dei dati personali).
L'utilizzo delle tecnologie digitali ha, altresì, provocato l'esponenziale aumento delle minacce cibernetiche. Per reazione alle stesse, l'U.E. ha adottato una strategia comune a tutti i Paesi membri in tema di cybersicurezza che ha condotto alla emanazione della Direttiva Network and Information Security 2016/1148/UE (Direttiva NIS), trasposta nell'ordinamento interno giusta d. lgs. n. 65/2018 (Decreto NIS), cui è seguita l'emanazione del d.l. n. 82/2021, conv. in l. n. 109/2021, istitutivo dell'ACN.
Le discipline in parola si incontrano tutte le volte in cui il trattamento dei dati personali avviene nello spazio cibernetico e finiscono per confliggere ogni qualvolta le attività tese a garantire la sicurezza delle reti implichino il trattamento di dati personali.
Ciò può avvenire tanto nel caso in cui le attività di cybersicurezza per le quali si rende necessario il trattamento dei suddetti dati non siano espletate per finalità di sicurezza nazionale, quanto nel caso in cui lo siano.
Nel primo caso il trattamento dei dati personali da parte dei soggetti impegnati a garantire la sicurezza delle reti deve essere effettuato ai sensi del GDPR e delle disposizioni del d. lgs. n. 196/2003 ss.mm.ii.; nel secondo caso, invece, ossia quando le attività di cybersicurezza sono svolte per finalità di sicurezza nazionale, l'art. 13, l. n. 109/2021 prevede che i trattamenti di dati personali debbano essere effettuati ai sensi del (solo) art. 58, co. 2 e 3, d. lgs. n. 196/2003 ss.mm.ii. Tale disposizione, a propria volta, stabilisce che i trattamenti finalizzati a garantire la sicurezza dello Stato non debbano più essere eseguiti ai sensi di specifiche disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati personali, bensì debbano essere effettuati ai sensi del d. lgs. n. 51/2018, relativo al trattamento in corso di attività di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati e che, è di facile intuizione, prevede garanzie inferiori a tutela delle persone fisiche rispetto al GDPR: la soddisfazione di esigenze di sicurezza nazionale impone il sacrificio di parte delle disposizioni atte a garantire le libertà e i diritti dei singoli.
La costante tensione tra diritti ed interessi contrapposti richiede l'individuazione di un equilibrio che emerge, prevalentemente, grazie all'attività pretoria delle Corti sovranazionali ed, in particolare, della Corte di Giustizia la quale, pur intendendo soddisfare l'interesse alla stabilità delle reti e alla continuità dei servizi telematici erogati nel Mercato unico, considera legittime le limitazioni della disciplina posta a protezione dei dati personali e della riservatezza al rispetto di determinate condizioni.

ISSN 2036-7821

La Corte, in altre parole, non nega in radice la possibilità che la disciplina posta a protezione dei dati personali receda a fronte della necessità di espletare attività di *cybersecurity*, ma fissa in via interpretativa dei criteri atti ad arginare l'effettuazione, da parte degli Stati membri, di trattamenti in modo generalizzato e indifferenziato, così trasformando in regola la deroga all'obbligo di garantire la protezione dei dati personali.
Riconoscendo che i diritti sanciti agli artt. 7, 8 e 11 della Carta non sono assoluti la Corte ammette limitazioni al loro esercizio, purché le stesse siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'U.E. o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.
In via interpretativa, dunque, il Giudice dell'Unione sta operando il bilanciamento tra i diritti e gli interessi in esame, limitando la tendenza all'utilizzo di strumenti investigativi di tipo massivo che, in nome del contrasto a minacce 'tanto immanenti quanto pulviscolari', finirebbero per imporre regolarmente l'abbassamento del livello di tutela degli interessati i cui dati personali sono oggetto di trattamento.

7. Brevi considerazioni conclusive.

Nella parte iniziale del presente lavoro è stato posto un interrogativo teso a integrarne l'obiettivo finale: se individuato il punto di equilibrio tra impianti normativi sovente confliggenti e circoscritte le politiche securitarie entro il perimetro della proporzionalità, si possa sostenere che protezione dati e *cybersecurity* siano da considerare in rapporto di complementarietà.
A fronte di un contesto giuridico talvolta ancora 'impreparato' ad affrontare i grandi cambiamenti imposti dalla diffusione delle tecnologie digitali e alla luce delle perplessità che inevitabilmente albergano in tutti coloro i quali comprendono che un mercato vasto e redditizio come quello dei dati, è fonte di potere potenzialmente smisurato e incontrollabile in capo a chi detiene quei dati (siano essi soggetti pubblici o privati), non v'è che da sperare che l'impianto normativo volto a garantire una tutela 'forte' del diritto alla protezione dei dati non venga via via svuotato di contenuto.
Se le attività tese a garantire la sicurezza delle reti all'interno dell'U.E. non richiederanno, per il loro espletamento, la sistematica deroga alle regole dettate in tema di protezione dei dati personali, discipline apparentemente confliggenti potrebbero effettivamente rivelarsi complementari l'una rispetto all'altra. Arginando, le politiche securitarie entro limiti prestabiliti, la *cybersecurity*, quale insieme delle attività volte a garantire la sicurezza dello spazio cibernetico, e la protezione dei dati trattati in rete finirebbero così per costituire due facce della stessa medaglia.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Parità di genere nel reclutamento del personale delle forze armate. Commento a *Cons. Stato, Sez. II, Sent. n. 8578 del 2021*

di Salvatore Palumbo

(Dottore di Ricerca presso l'Università degli Studi di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza)

Sommario

1. Introduzione 2. Il caso 3. I nodi problematici affrontati dalla sentenza 4. Alcune criticità insolute sull'ordinamento militare 5. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

This comment concerns a recent judicial decision of the *Consiglio di Stato* on the subject of public competitions in the armed forces. Access to the military career was the prerogative exclusively of male candidates, at least until the introduction with *d. lgs. No. 24* of 2000 of women's military service. However, despite the efforts of the legislator, the special sectoral regulation still presents different points of criticality with respect to the principles and rules on gender equality. In this scenario, the judgment in question offers a useful opportunity to highlight some of the legal issues relating to the recruitment of personnel in the public-sector, in order to offer possible interpretative solutions to greater protection of female candidates.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

La contesa giudiziaria che si va ad analizzare si inserisce nel più ampio dibattito relativo alla partita di genere nei contesti lavorativi, e segnatamente nelle procedure di reclutamento del personale delle forze armate. Com'è noto, l'impiego militare rappresenta un esempio paradigmatico della disparità dei generi, ove si è assistito nel corso dei secoli al consolidarsi di una concezione del mestiere delle armi come propriamente "da maschi", descrivendo un protagonismo primariamente maschile e una derivata subalternità femminile, tale da non tracciare un'eguale continuità di partecipazione[1].

Fino agli anni più recenti, simile concezione culturale ha trovato un forte appiglio giuridico nella specialità dell'ordinamento dei Corpi militari[2]. Secondo tale impostazione ordinamentale, le forze armate godrebbero di uno statuto singolare, tale da escludere il relativo organico dall'ordinaria disciplina dell'impego negli uffici pubblici[3] e, finanche, da talune fondamentali garanzie costituzionali[4]. In questo senso, ha trovato a lungo giustificazione il formante teorico per cui le amministrazioni volte a rappresentare la funzione di difesa dello Stato - attraverso lo strumento estremo dell'uso della forza[5] - avrebbero presuntivamente potuto ricevere nocumento, in termini di inefficienza e perdita di operatività, dalla presenza di

[1] Così F. FARINA, *Donne nelle forze armate. Il servizio militare femminile in Italia e nella Nato*, Roma, 2015, p. 11, nello specifico la storica rinviene il consolidarsi di questo approccio a partire dall'esperienza napoleonica. Sul modello napoleonico dell'amministrazione militare italiana anche E. CHITI, *L'amministrazione militare*, Milano, 2007, p. 10.

Non mancano comunque esempi di settori sottoposti alla dinamica opposta, ovvero alla femminilizzazione di determinati impieghi cfr. NUNIN R., *Alcune riflessioni in tema di geneder pay gap nel contesto italiano e euro unitario*, in(a cura di) S. SCARPONI, *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Trento, 2016, pp. 251 ss.

[2] Sulla specialità dell'ordinamento militare dettagliatamente URSI R., *L'amministrazione militare*, Torino, 2018, pp. 219 ss.

[3] Simile impostazione può ancora oggi rinvenirsi nell'art. 3, comma 1, del c.d. Testo unico sul pubblico impiego (d. lgs. n. 165 del 2001), il quale esclude dal suo ambito di applicazione il personale militare e delle Forze di polizia di Stato. Secondo la dottrina tale esclusione deriverebbe dalla specificità dell'attività esercita, strettamente connessa a finalità di ordine più prettamente pubblicistico (così L. FOGLIA, *Ambito di applicazione e finalità della disciplina del lavoro contrattualizzato*, in (a cura di) L. FIORILLO, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019, p. 22).

[4] Considerazioni in questo senso possono trarsi dalle limitazioni alle libertà politiche previste dall'ultimo comma dell'art. 98 della Costituzione. Più dettagliatamente in G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in (a cura di) S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale, I,* Milano, 2003, pp. 299 ss.

[5] Forza da intendersi come prerogativa eminentemente maschile, si noti ad es. la visione organicistica in G. CARONCINI, *Esercito*, in *Il digesto italiano, X*, Torino, 1895-1898, pp. 725-726, citato in CHITI E., *L'amministrazione militare*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1, per cui «L'uomo, per naturale istinto, tende a difendere la sua persona, la sua *familia*, i suoi beni contro ogni minaccia ed attacco, ed in questa difesa impiega tutte le sue forze fisiche e morali, e così facendo esercita nient'altro che il suo diritto, che ha da natura come l'istinto. Uguale potenza di conservazione e di difesa ha lo Stato, ch'è l'uomo in grande, l'uomo più prossimo alla specie che non sia l'uomo singolo, dotato perciò di maggiore vitalità ed energia nel respingere le offese, vengano esse da forze interne organizzate a suo danno o dagli esterni nemici che attentino alla sua integrità, alla sua indipendenza, al suo decoro, ai suoi diritti».

ISSN 2036-7821

personale femminile[6]. Considerazioni di tal fatta, unite ad un impianto paternalistico nei confronti della presunta fragilità delle donne[7] e della maternità[8], hanno funto da velata ratio normativa alle varie disposizioni che nel tempo hanno precluso alle candidate di genere femminile di intraprendere la carriera militare[9].

Tale condizione giuridica è stata in parte superata dalla rimozione della barriera legale all'accesso per le candidate donne, avvenuta solo con l'approvazione della legge delega n. 380 del 1999, come declinata poi nel d. lgs. n. 24 del 2000[10]. L'introduzione della nuova normativa ha richiesto modifiche di non scarso rilievo, come avvenuto per la rimodulazione dei parametri per l'accertamento dell'idoneità psicofisica all'impiego, distintamente per il genere femminile[11].

A poco più di vent'anni dall'avvento delle prime donne militari in Italia, tuttavia, diversi dubbi permangono sulle norme e sulle prassi amministrative di tale peculiare

---

[6] Cfr. in questo senso la relazione alla Camera del Presidente della Commissione Difesa (On. V. Spini) nella Seduta n. 590 di lunedì 27 settembre 1999, conclusasi poi il 29 settembre con l'approvazione definitiva della l. n. 380 del 1999.

[7] Cfr. V. CARULLO, *La costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1959, pp. 180-181.

[8] Vedi in questo senso anche D. NOCILLA, *Servizio militare femminile e costituzione*, in *Dir. e soc.*, 1981, pp. 161 ss.

[9] Possono qui menzionarsi le seguenti tappe fondamentali di questo cammino. Con la Legge Sacchi del 1919 si autorizzavano ufficialmente le donne ad entrare nei pubblici uffici, con esclusione di quelli della magistratura, delle istituzioni politiche e dei ruoli militari. Il successivo regolamento, del 4 gennaio 1920, specifico che le donne potevano essere escluse da quei pubblici uffici per i quali erano giuridicamente capaci ma inidonee per le esigenze dei servizi e/o per specifiche ragioni; o ancora, quelli a cui era connessa la dignità di ufficiale dello Stato (si pensi al prefetto) e dal carattere politico (senatore o ministro), o la qualifica di consigliere del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, nonché´ tutte le carriere giudiziarie (cancelliere, ufficiale giudiziario, magistrato) e quelle nell'ambito dell'amministrazione civile dell'interno.

La giurisprudenza costituzionale si manifestò particolarmente critica rispetto alle differenti limitazioni (v. Sent. n. 33 del 1960); da qui, dunque, la l. 9 febbraio 1963, n. 66, sulla generale ammissione della donna ai pubblici uffici. L'art. 1 di tale normativa, tuttavia, stabiliva che: «L'arruolamento della donna nelle forze armate e nei corpi speciali è regolato da leggi particolari». Un'eccezione si ebbe nella Polizia dello Stato, ove con legge n. 1083 del 1959 venne istituito il Corpo di polizia femminile, poi sciolto e confluito nei ruoli del personale della Polizia dello Stato con legge 121 del 1981 contestualmente alla sua smilitarizzazione cfr. M. CARTABIA, *Donne, La svolta della legge 121*, in *Polizia moderna*, 09 aprile 2021.

Secondo una parte isolata della dottrina l'accesso delle donne alle forze armate sarebbe stato già ammesso nel nostro ordinamento prima della l. 380/1999, in virtù della ratifica delle convenzioni internazionali in materia di diritto dei conflitti armati (così M. R. SAULLE, *Il servizio militare femminile*, in (a cura di) S. RIONADATO, *Diritto e forze armate. Nuovi impegni*, Padova, 2001, pp. 111-119).

[10] Cfr. A. BALDANZA, *La difesa*, in (a cura di) S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale, I*, pp. 307 ss., spec. p. 352; R. URSI, *L'amministrazione militare*, Torino, 2018, pp. 74 ss., spec. pp. 76-77, ove l'A. presenta l'arruolamento volontario femminile come una delle trasformazioni più significative nella politica militare e di sicurezza della nazione.

In passato erano stati condotti solo sporadici esperimenti, tra questi può segnalarsi quello avvenuto nel 1992, ove 29 ragazze furono introdotto in un programma di addestramento dell'Esercito per 36 ore cfr. R. VINCIGUERRA, *Le donne 100 anni dopo. Una risorsa*, in AA. VV., *Le donne nel primo conflitto mondiale. Atti del congresso di studi storici internazionali*, Roma, 2015 pp. 375 ss.

[11] Art. 1, comma 5 della l. n. 380 del 1999. Materia oggi regolata oltre che dal Codice dell'ordinamento militare dal D.P.R. 15 marzo 2010 , n. 90 (*Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246*), spec. art. 585.

ISSN 2036-7821

settore, in relazione al loro rispetto dei principi fondamentali in materia di uguaglianza e parità di genere. Nonostante il legislatore sia intervenuto successivamente a riordinare complessivamente la materia attraverso il Codice dell'ordinamento militare (d. lgs. n. 66 del 2010), tale corpo normativo presenta ancora talune criticità.

In questo senso, il caso ora in esame con la relativa risolutiva pronuncia del Consiglio di Stato[12] rappresentano chiari indici di come, ancora oggi, la parità uomo/donna nell'accesso agli uffici pubblici, in alcuni settori dell'amministrazione, sia una conquista normativa tutt'altro che scontata[13].

Inoltre, la controversia oggetto di commento ha il pregio di fare emergere nella loro essenza i due volti dell'approccio egualitario che il nostro ordinamento ha manifestano nelle questioni di genere, ovvero le componenti: *(a)* del divieto "negativo" di discriminazioni[14] e *(b)* dell'obbligo "positivo" di azioni per la rimozione delle disparità[15].

2. *Il caso*

Venendo al dettaglio della fattispecie, con Determina n. 160239 del 19 maggio 2016, il Comandante generale della Guardi di Finanza indiceva la procedura per il reclutamento dei candidati "idonei non vincitori" dei concorsi per allievi finanzieri indetti negli anni 2010, 2011 e 2012[16].

---

[12] Cons. Stato, Sez. II, Sent. n. 8578 del 2021.

[13] Come emerso dal recente report "*Il personale militare femminile nelle forze armate*" del Servizio Studi della Camera dei Deputati il personale femminile nelle forze armate rappresenta solo il 6,39 % del totale. Reperibile al https://temi.camera.it/leg18/temi/il-personale-militare-femminile-nelle-forze-armate.html

[14] Cfr. A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, pp. 19 ss., per la quale è la stessa declinazione in negativo del principio di uguaglianza che trae alimento dagli specifici divieti di discriminazione.

[15] Cfr. in questo senso approfonditamente S. SCARPONI, *Il principio di uguaglianza uomo/donna fra divieti di discriminazione e promozione della pari opportunità*, in (a cura di) ID., *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Trento, 2016, pp. 63-113.

[16] Quello della Guardia di finanza è sostanzialmente un Corpo militare ibrido, potendosi questa collocare tanto tra le forze armate, per le funzioni che questa svolge nella difesa da parte di aggressioni esterne, tanto tra le forze di polizia, per le funzioni che svolge in tema di ordine e sicurezza pubblica interna. Si veda in questo senso quanto descritto dalla legge fondamentale sul suo ordinamento l. n. 189 del 1959 *(Ordinamento del Corpo della guardia di finanza*). Nello specifico l'art. 1. Dispone che tale corpo armato fa parte integrante delle Forze armate dello Stato e della forza pubblica.

A conferma di quanto sostenuto si veda come fino al 2010 il Comandante generale provenisse dal rango dell'esercito, oggi invece oggi l'art. 4, dell'ordinamento del corpo, prevede che il Comandante generale della Guardia di finanza è scelto fra i generali di Corpo d'armata in servizio permanente effettivo del medesimo Corpo o dell'Esercito ed è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della difesa. Altri indici esteriori rilevanti sono l'adozione delle stellette militari per i vari gradi, nonché la tradizionale bandiera di guerra concessa alla Guardia di Finanza con Regio decreto del 2 giugno 1911.

Uno statuto sostanzialmente equiparato a quello delle altre forze armate è poi descritto dalle disposizioni del Codice dell'ordinamento militare, seppure in tale occasione il legislatore codicistico (Titolo V) con il termine forze

ISSN 2036-7821

Il suddetto bando di concorso conteneva all'art. 4, una prescrizione dal seguente tenore:
«le concorrenti che risultano positive al test di gravidanza sono escluse dalla procedura laddove lo stato di temporaneo impedimento sussista ancora alla data del 31 agosto 2016» (commi 3 e 4).
In applicazione di quanto previsto nell'ora citato provvedimento, con successiva determina l'apposita Commissione per la verifica del mantenimento dei requisiti psicofisici, all'esito della visita medica preliminare, escludeva una candidata dalla procedura di reclutamento perché in stato di gravidanza.
I richiamati provvedimenti venivano impugnati dalla candidata esclusa dinanzi al Tribunale amministrativo Regionale per il Lazio, il quale con sentenza n. 444 del 2017 resa dalla Seconda Sezione ter, accoglieva il ricorso, annullando il provvedimento di esclusione, unitamente alla norma del bando che disponeva l'esclusione dal concorso nei confronti delle candidate che alla data del 31.08.2016 non potessero essere sottoposte agli accertamenti sanitari di rito in quanto, in stato di gravidanza.
Il Giudice di primo grado rilevava, in particolare, come la previsione del bando determinasse, in contrasto con i precetti costituzionali (artt. 3 e 51 Cost.) e comunitari (art. 3 n. 1 della direttiva del Consiglio 76/207/CEE del 9 febbraio 1976 sulla parità di trattamento tra uomini e donne per quanto concerne l'accesso al lavoro), considerando dunque l'azione dell'amministrazione militare «un'inammissibile disparità di trattamento nei confronti di una concorrente che vede così pregiudicata la sua maternità»[17].
I nodi problematici maggiormente significati, emersi in sede di impugnazione, possono riassumersi come segue[18].

---

armate pare riferirsi esclusivamente ai seguenti corpi: Esercito italiano (Capo II), Marina militare (Capo III), Aeronautica Militare (Capo IV), Arma dei Carabinieri (Capo V) e rispettive articolazioni interne.
Senonché questo indice meramente formale deve confrontarsi con il fatto che anche altri rami dell'amministrazione militare sono istituzionalmente orientati alla difesa dello Stato e delle sue istituzioni. Tra quest'ultimi rileva per alcune spiccate caratteristiche la Guardia di Finanza, la quale non a caso riceve all'interno del Codice una regolazione in massima parte analoga a quella delle forze armate in senso stretto.

[17] In separata sede, la candidata impugnava poi il successivo provvedimento con cui il Comandante generale della Guardia di Finanza ha approvato la graduatoria dei vincitori della procedura.
Nel merito, il Tar in diversa composizione (Tar Lazio, Sez. II-ter, Sent. n. 7960 del 2021) ribadiva le considerazioni in diritto già formulate nella sentenza n. 444/2017 citata, in ordine all'illegittimità del provvedimento di esclusione e della relativa clausola del bando. In tale seconda pronuncia, tuttavia, veniva in rilievo un profilo ulteriore, che come vedremo merita attenzione ai nostri fini. Ovvero si tratta della circostanza dovuta alla pubblicazione della graduatoria finale, adempimento che era avvenuto per opera dell'autorità procedente esclusivamente sul proprio sito internet, senza avviso sulla Gazzetta Ufficiale. Nell'interpretazione del quadro normativo fornita dal Tar, tale modalità non sarebbe stata idonea a far decorrere l'ordinario termine di impugnazione.

[18] A ben vedere oltre quelli che analizzeremo più in dettaglio residua dalla nostra disamina un solo ulteriore motivo di censura da parte appellante. Nello specifico il Ministero deduceva, altresì, che il ricorso di primo grado fosse inammissibile per omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati da identificarsi negli idonei non vincitori posizionati in graduatoria immediatamente dopo la ricorrente. Senonché, il Giudice di seconde cure

ISSN 2036-7821

Nello specifico, con un primo motivo di appello, il Ministero dell'Economia e delle Finanze lamentava l'erroneità della sentenza, in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, le procedure concorsuali bandite dalla Guardia di Finanza sarebbero state soggette alla disciplina speciale contenuta nel d. lgs. n. 199 del 1995[19], che all'art. 7 sancisce che le procedure per l'arruolamento degli allievi finanzieri sono stabilite con determinazione del Comandante Generale. A giudizio dell'amministrazione appellante, dunque, la pubblicazione della graduatoria effettuata esclusivamente sul proprio sito internet sarebbe conforme al dettato normativo generale e perciò idonea a far spirare i termini di impugnazione[20].

Con un secondo motivo veniva dedotta l'irricevibilità del ricorso, che sarebbe stata erroneamente respinta dal giudice di primo grado. Nello specifico il provvedimento di esclusione era stato adottato alla luce di quanto previsto dal citato art. 4, comma 4 del bando di concorso, con la conseguenza che, attesa la portata immediatamente escludente della clausola, la stessa doveva essere immediatamente impugnata entro il termine di 60 giorni dalla pubblicazione, senza attendere l'adozione del provvedimento di esclusione, come invece aveva fatto la ricorrente. Per tali ragioni, l'originario ricorso proposto al Tar avrebbe dovuto rilevarsi tardivo.

Il terzo è più delicato motivo era articolato nei seguenti termini. Secondo l'amministrazione appellante, il bando di concorso all'art. 4 comma 4, nel sancire che le candidate in stato di gravidanza sarebbero state escluse dalla procedura laddove lo stato di temporaneo impedimento sussista ancora alla data del 31 agosto 2016, avrebbe proceduto ad una puntuale applicazione dell'art. 3, comma 3, del d. M. 17 maggio 2000, n. 155 (*Accertamento dell' idoneità al servizio nella Guardia di Finanza*), il quale prevede che «l'accertamento nei riguardi dei candidati […] è effettuato entro il termine stabilito dal bando di concorso in relazione ai tempi necessari per la definizione della graduatoria».

---

liquida velocemente la questione in virtù del fatto che «non possono essere qualificati come controinteressati sostanziali - oltre che formali, in quanto non indicati nel provvedimento di esclusione-gli idonei non vincitori postergati alla ricorrente nella graduatoria del concorso 2011, poiché, al momento della proposizione del ricorso in primo grado, la procedura concorsuale era ancora in corso e non vi era certezza sul se e sul chi di essi sarebbe risultato vincitore» (p. 23.1 della motivazione). Per approfondimenti si rinvia per tutti a F. TIGANO, *Le parti del processo*, in (a cura di) G. P. CIRILLO – S. PERONGINI, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2020, pp. 141 ss.

[19] Il quale disciplina in attuazione dell'art. 3 della legge n. 216 del 1992, la materia del nuovo inquadramento del personale non direttivo e non dirigente del Corpo della Guardia di finanza.

[20] Nel caso di specie, il bando di concorso, adottato con determinazione del Comandante prevedeva espressamente, all'art. 9, che ulteriori informazioni sul concorso potevano essere reperite consultando il sito internet del Corpo all'indirizzo www.gdf.gov.it, nella sezione relativa ai concorsi. Dunque, secondo il Mef la pubblicazione della graduatoria sul sito internet sarebbe conforme al dettato normativo generale, considerato che l'art. 32, comma 1, L. n. 69 del 2009 prevede espressamente che gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici. Per queste ragioni l'impugnazione avvenuta oltre il termine di 60 giorni da tale fatto, doveva ritenersi tardiva.

ISSN 2036-7821

Nelle difese del Ministero tale disposizione avrebbe il fine di perimetrare, in termini temporali, lo svolgimento della procedura concorsuale che certamente non potrebbe rimanere aperta. La ratio della disposizione andrebbe dunque rinvenuta nello stesso art. 97 Cost., considerato che la perdurante mancata definizione della procedura di reclutamento per un periodo irragionevolmente lungo avrebbe compromesso le esigenze di buon andamento dell'amministrazione.
Viene dedotto in giudizio, dunque, che contrariamente a quanto ritenuto dal Tar in primo grado, l'amministrazione ha proceduto ad una corretta e puntuale applicazione del paradigma normativo di riferimento, che prescrive come l'accertamento nei confronti dei candidati debba essere effettuato entro il termine stabilito dal bando di concorso, in relazione ai tempi necessari per la definizione della graduatoria. In questo senso, secondo il Mef le "pur legittime" esigenze di tutela della maternità dovrebbero essere bilanciate con i tempi di svolgimento della procedura, essendo questi ultimi posti non solo a garanzia del buon andamento dell'amministrazione, ma anche a tutela della par condicio dei candidati.
La parte appellata si costituiva regolarmente in giudizio, eccependo l'inammissibilità dell'appello per carenza di specifiche doglianze alla sentenza impugnata, nonché l'infondatezza nel merito, istando per la reiezione dello stesso.
Il Collegio giudicante ha disposto la riunione dei separati appelli ai sensi dell'art. 70 c.p.a., in quanto ritenuti connessi sul piano oggettivo e soggettivo, esprimendo il suo giudizio nei termini che seguono.

3. *I nodi problematici affrontati dalla sentenza*
Quanto al primo motivo attinente all'irricevibilità del ricorso per tardività derivante dall'omessa impugnazione nei termini di legge della graduatoria, pubblicata sul sito dell'amministrazione, il Consiglio di Stato con la sentenza qui in commento lo ha ritenuto infondato alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale in materia[21].
Come argomentato dai giudici amministrativi, non si rinviene nella disciplina dei concorsi per l'arruolamento nel Corpo della G.d.F., una specifica deroga alla modalità di pubblicazione della graduatoria in Gazzetta Ufficiale, prevista in via generale dal d.P.R. n. 487 del 1994, ma è presente, invece, una norma di chiusura che rinvia, per quanto non espressamente disciplinato, alle regole generali dei pubblici concorsi[22].

[21] Punto 16 della decisione.
[22] Secondo i Giudici della Seconda Sezione, infatti, il dato normativo va ricostruito a partite dall'art. 15, commi 6 e 7, del d.P.R. n. 487 del 1994, il quale sancisce che delle graduatorie dei vincitori dei concorsi è data notizia mediante avviso nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, da cui decorre il termine per le eventuali impugnative. In questa cornice, deve essere letto il d. lgs. n. 199 del 1995, afferente ai concorsi per l'arruolamento degli allievi finanzieri. Dal menzionato quadro normativo, dunque, emerge secondo i giudici amministrativi la volontà del legislatore di sottrare alla disciplina generale del concorso per il pubblico impiego "esclusivamente le fasi espressamente regolamentate", con la conseguenza che per i profili non contemplati non può che riespandersi la

ISSN 2036-7821

Quanto all'irricevibilità per mancata repentina impugnazione della clausola immediatamente escludente del bando di cui al secondo motivo di censura, il profilo è risolto dal Consiglio in aderenza alla difesa dell'appellata[23]. Quest' ultima in particolare aveva eccepito che lo stato di gravidanza poteva malauguratamente interrompersi per cause naturali anche prima della visita medica avvenuta il 5 settembre 2016, onde non vi era alcuna certezza sull'effettività del pregiudizio della clausola escludente.

Venendo al terzo è più problematico profilo, i giudici amministrativi condividono con la pronuncia in commento, sul piano delle premesse, l'affermazione per cui la tutela della situazione soggettiva di una candidata in stato di gravidanza non possa ragionevolmente costituire e determinare un detrimento per la posizione giuridica soggettiva degli altri candidati e l'interesse dell'amministrazione a definire la procedura selettiva entro termini ragionevolmente contenuti al fine di colmare le vacanze organiche (art. 97 Cost.). Tuttavia, ritengono che siffatta circostanza non sia idonea a giustificare il "sacrificio definitivo" della prima mediante l'esclusione dal concorso, ma impone il giusto bilanciamento dei contrapposti interessi, in quanto espressione di diritti aventi pari dignità costituzionale[24].

A questo punto, la pronuncia si cimenta in un'efficace disamina volta a dimostrare come l'esclusione definitiva della candidata in stato di gravidanza contrasti frontalmente sia con il quadro normativo di riferimento, sia con i principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza, volti ad evitare ogni forma di discriminazione fondata sul sesso e a garantire la parità di trattamento tra uomo e donna con riferimento all'accesso al lavoro[25].

---

regola generale, a cui lo stesso d. lgs. n. 199 del 1995, all'art. 7 rinvia. Ne discende che «la pubblicazione della graduatoria sul sito internet dell'Amministrazione, ove prevista nel bando, può essere aggiuntiva, ma mai sostitutiva di quella sulla Gazzetta Ufficiale, e, soprattutto, è inidonea alla decorrenza del termine di impugnazione». A conferma di quanto concluso viene altresì osservato come l'obbligo di pubblicazione dei bandi per concorso costituisca una regola generale attuativa dell'art. 51, primo comma, e dell'art. 97, comma terzo, della Costituzione. In tale ottica, privo di rilievo risultava l'assunto difensivo per cui la legittimità della pubblicazione telematica del provvedimento sarebbe in linea con quanto disposto dall'art. 32, comma 1 della L. n. 69 del 2009. Secondo la presente pronuncia, infatti, la disposizione si riferisce solo agli obblighi di pubblicazione "aventi effetto di pubblicità legale" in forza di specifiche norme di riferimento.

[23] Punto 22 della decisione.

[24] Punto 24 dalla decisione.

[25] Sul piano sovranazionale viene menzionata la Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. n. 132 del 1985, , che all'art. 11 sancisce «Gli Stati parte si impegnano a prendere ogni misura adeguata al fine di eliminare la discriminazione nei confronti della donna nel campo dell' impiego ed assicurare, sulla base della parità tra uomo e donna, gli stessi diritti, e per prevenire la discriminazione nei confronti delle donne a causa del loro matrimonio o della loro maternità e garantire il loro diritto effettivo al lavoro, gli Stati parte si impegnano a prendere misure appropriate tendenti a: […] d) assicurare una protezione speciale alle donne incinte per le quali è stato dimostrato che il lavoro è nocivo».

In ambito comunitario viene evocato l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale dispone che «La parità fra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di

ISSN 2036-7821

Sul piano costituzionale[26], il Consiglio di Stato perviene a un'interpretazione sistematica della Carta rilevando non solo gli artt. 3 e 51 Cost., richiamati dal giudice di primo grado, ma anche l'art. 4 Cost. («la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto»), l'art. 31 Cost. che qualifica compito della Repubblica l'agevolazione della formazione della famiglia e la protezione della maternità, e l'art. 37 Cost. che impone la fissazione di condizioni di lavoro per la donna compatibili con l'adempimento della sua funzione familiare.

Quanto alla legislazione di dettaglio, la sentenza si sofferma sbrigativamente sul d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198 (c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), evidenziando solo come l'art. 1, comma 2 abbia statuito che «la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quelli dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione».

Inoltre, un richiamo significativo viene fatto alla giurisprudenza dalla Corte costituzionale, la quale ha sancito che «il principio posto dall'art. 37 - collegato al principio di uguaglianza - impone alla legge di impedire che possano, dalla maternità e dagli impegni connessi alla cura del bambino, derivare conseguenze negative e discriminatorie. Entrambe queste esigenze impongono, per lo stato di

---

occupazione, di lavoro e di retribuzione». Mentre sul piano dei trattati l'art. 157 (ex art. 141 del TCE) del TFUE che prevede, al comma 1, che «Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore» e, il comma 3, secondo cui «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore». Vengono poi enucleate le direttive emanate in virtù della base normativa indicata dalla disposizione da ultimo citata, ovvero la direttiva 76/207/CEE del Consiglio del 9 febbraio 1976, nonché della più recente direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006, relative all'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. Nello specifico l'art. 2, comma 3, lett. c) della direttiva n. 2006/54/CE, riprendendo quanto già previsto dall'art. 2 comma 7 della direttiva 76/207/CEE , precisa che «Ai fini della presente direttiva, la discriminazione comprende: qualsiasi trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità ai sensi della direttiva 92/85/CEE ». L'art. 14 dispone, altresì, che «è vietata qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata sul sesso nei settori pubblico o privato, compresi gli enti di diritto pubblico, per quanto attiene: a) alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione».

In questa direzione, ampi riferimenti vengono fatti alla giurisprudenza europea. Nello specifico il richiamo è a quelle sentenze che hanno qualificato come discriminazione diretta fondata sul sesso tanto il rifiuto di assumere una donna a causa del suo stato di gravidanza, quanto il licenziamento di una lavoratrice per la medesima ragione (Sent. 8 novembre 1990, D., C-177/88 e H.- og K.F., C-179/88; Sent. del 4 ottobre 2001, J.M., C-438/99 e T.D. A/S, C-109/00, nonché Sent. 30 giugno 1998, Brown, C-394/96). Giova, sotto tale profilo, richiamare i principi espressi dalla Corte di Giustizia, secondo cui il rifiuto d'assunzione per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta, quindi, una discriminazione diretta a motivo del sesso (Sent. 8 novembre 1990, D., C-177/88, punto 12).

[26] Punto 26 della decisione.

ISSN 2036-7821

gravidanza e puerperio, di adottare misure legislative dirette non soltanto alla conservazione dell'impiego, ma anche ad evitare che nel relativo periodo di tempo intervengano, in relazione al rapporto di lavoro, comportamenti che possano turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psico-fisico, con serie ripercussioni sulla gestazione o, successivamente, sullo sviluppo del bambino»[27].

Conclusivamente[28], dunque, viene sottolineato come «L'impianto normativo, sia nazionale che sovranazionale, è univoco nell'escludere che lo stato di gravidanza possa rappresentare un ostacolo nell'accesso al lavoro o fonte di discriminazione nell'ambito del rapporto lavorativo».

Per tali ragioni, i giudici di Palazzo Spada ritengono che il d.M. 17 maggio 2000, n. 155 (*Regolamento recante norme per l'accertamento dell' idoneità al servizio nella Guardia di Finanza*) non possa che essere letto alla luce delle coordinate sopra richiamate, in quanto volto a garantire l'uguaglianza sostanziale dei candidati che aspirano all'arruolamento in Guardia di Finanza e ad evitare che la gravidanza, di per sé, possa costituire una causa di esclusione dal concorso, e, quindi, fonte di una discriminazione diretta fondata sul sesso, la cui eliminazione si impone come un obiettivo multilivello[29].

Secondo il percorso logico-giuridico tracciato dal collegio giudicante: «l'uguaglianza sostanziale tra i candidati, senza distinzione di genere, sarebbe frustrata in via definitiva se lo stato di gravidanza si trasformasse da impedimento temporaneo all'accertamento a causa definitiva di esclusione»[30].

---

[27] Così la Sentenza n. 61 del 1991; cfr. Sent. n. 423 del 1995, la quale ha precisato che il rilievo costituzionale del valore rappresentato dal ruolo di madre della lavoratrice comporta che, nel rapporto di lavoro, non possono frapporsi né ostacoli, né remore, alla gravidanza e alla cura del bambino nel periodo di puerperio.

[28] Punto 27 della decisione.

[29] Ci limitiamo qui a notare come sul piano europeo il principio di parità tra uomini e donne ha trovato una sua prima consacrazione nel Trattato di Roma del 1957 (art. 119 Trattato CEE), anche se veniva circoscritto all'aspetto retributivo, in stretta rispondenza alla finalità funzionalista perseguita dalla Comunità economica europea. Con la riforma dei Trattati di Lisbona, la parità tra donne e uomini è stata qualificata come uno dei cinque valori su cui si fonda l'Unione europea (art. 2 TUE), e che la stessa Unione promuove nelle sue azioni (art. 3 TUE e art. 8 TFUE). Ad una formulazione generale applicabile a tutti i settori, si affianca quella originaria più strettamente legata all'ambito lavorativo (art. 157 TFUE). Inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE ai quali è riconosciuto medesimo valore dei Trattati ha consacrato il divieto di discriminazione sulla base del sesso (art. 21) e la parità tra donne e uomini (art. 23) come diritti fondamentali (cfr. V. Bazzocchi – I. Lucati, *Parità di genere nell'UE e riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Europeansrights.eu*, 2007).

A livello di Consiglio d'Europa, invece, rilevano l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti umani, così come l'art. 1, del protocollo n. 12 alla Convenzione (cfr. A. SCIORTINO, *op. cit.*).

[30] Contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero appellante, dunque, il comma 3 del citato decreto - secondo cui l'accertamento nei riguardi dei candidati che partecipano ai concorsi per il reclutamento nella G.d.F. è effettuato entro il termine stabilito dal bando di concorso in relazione ai tempi necessari per la definizione della graduatoria - non può essere letto in stretta correlazione con il comma 2, nel senso che l'accertamento nei confronti della candidata in gravidanza è precluso definitivamente oltre il termine stabilito dal bando.

ISSN 2036-7821

Venendo al fondamentale nodo del bilanciamento, l'opzione ermeneutica sostenuta dal Ministero appellante viene scartata, poiché non è capace di fornire un'equa compensazione degli interessi contrapposti. A contrario, quanto sostenuto dall'amministrazione conferisce natura recessiva alla situazione soggettiva dell'appellata rispetto all'esigenza di contenimento dei tempi della procedura, in contrasto secondo i giudicanti con l'interpretazione non solo letterale, ma anche teleologica del citato art. 3, comma 2, d. M. n. 155 del 2000. Infatti, tale ultima disposizione normativa ha chiaramente indicato nella natura temporanea dell'impedimento lo strumento attraverso cui attuare l'equo bilanciamento tra l'interesse dell'aspirante e quello dell'amministrazione. Sul piano degli effetti, dunque, dalla qualificazione della gravidanza come temporaneo impedimento all'accertamento discende, in via conseguenziale, una ammissione con riserva della candidata, come già ritenuto dal Tar.

Sotto tale profilo, la sentenza in oggetto ritiene che l'art. 2139 comma 1 bis del Codice dell'ordinamento militare (D. Lgs. n. 66 del 2010), recentemente introdotto dal legislatore[31], nel prevedere che l'accertamento di idoneità al servizio venga rinviato, per le candidate in stato di gravidanza, e svolto nel primo concorso utile successivo, si limiti unicamente a disciplinare e chiarire, sul piano pratico-operativo, la fase posteriore alla cessazione dell'impedimento e le conseguenze dell'esito positivo dell'accertamento successivamente svolto, con riferimento alla frequenza del corso di formazione, agli effetti giuridici ed economici.

La citata novella legislativa, tuttavia, non avrebbe innovato in punto di temporaneità dell'impedimento che, già sulla base del d. M. n. 155 del 2000, «non può che tradursi in una sospensione dell'accertamento dell'idoneità fino alla cessazione della causa impeditiva»[32].

In conclusione, i riuniti appelli sono sentenziati infondati e respinti entrambi, della sentenza viene ordinato che sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Osterebbe a siffatta interpretazione la duplice considerazione per cui, sul piano logico, la durata dell'impedimento in questione non può che essere condizionata dallo sviluppo fisiologico della gravidanza e, sul piano giuridico, la lettura congiunta dei due commi suggerita dalla difesa erariale trasformerebbe l'impedimento da temporaneo in definitivo, configurando una clausola di esclusione non prevista espressamente dal bando e riferita esclusivamente alle candidate di sesso femminile.

[31] Inserito dall'art. 28, comma 5, lett. c, d. lgs. n. 172 del 2019.

[32] I Giudici si impegnano a questo punto in una sottile, ma rilevante, distinzione tra prove scritte e prove di idoneità fisica. Infatti, si legge nella motivazione come «è chiaro che nel caso di gravidanza al momento delle prove scritte, la tutela non potrebbe essere concessa negli stessi termini, in quanto, da un lato, come già osservato, la prova in sé non costituisce un fattore di pericolo per la salute della donna e del nascituro (in caso contrario, il rischio discenderebbe non dalla prova, ma dallo stato di salute della candidata e integrerebbe una situazione patologica di infermità, insuscettibile di apprezzamento diverso da quella che colpisse qualunque altro concorrente) e, dall'altro lato, il differimento delle prove scritte pregiudicherebbe in via definitiva la par condicio dei concorrenti e il buon andamento dell'amministrazione, vanificando la stessa finalità della procedura (cfr. Cons. Stato Sez. III, Sent. n. 2155 del 2002)».

ISSN 2036-7821

4. *Alcune criticità insolute dell'ordinamento militare*

Non potendo certo essere questa la sede per esaminare nella loro interezza i profili di criticità della peculiare disciplina del personale delle FF. AA. [33], cercheremo qui di analizzare taluni punti di frizione dell'ordinamento militare rispetto ai principi e alle regole che assicurano la parità di genere, che più da vicino si riconnettono alle questioni affrontate dalla pronuncia.

Quanto al primo motivo di appello, relativo alle modalità di pubblicazione della graduatoria utili a determinare il decorso dei termini impugnatori, le argomentazioni dei giudici amministrativi appaiono convincenti. A ulteriore supporto di quanto contenuto nella motivazione, avrebbe potuto osservarsi che quando il legislatore ha voluto all'interno della disciplina generale dei concorsi pubblici eccettuare dal suo ambito di applicazione il reclutamento nelle forze armate, lo ha fatto espressamente[34].

Ovviamente tali considerazioni trovano la loro validità nella cornice delle più recenti tesi dottrinali, le quali sostengono come l'ordinamento militare rappresenti una parte - seppure peculiare - dell'ordinamento amministrativo generale[35]. In questa sede preme notare come si tratti di opzione teorica non ancora del tutto sedimentata nell'opinione degli operatori giuridici, considerando che anche di recente il giudice amministrativo si è espresso più volte a favore della supposta specialità, per escludere l'applicazione delle norme amministrative generalmente applicabili[36], ovvero per assegnare all'amministrazione militare ampi spazi di discrezionalità[37].

---

[33] Basti pensare che una simile analisi porterebbe anche ad interrogarsi sull'ulteriore e a tratti complementare problematicità legata alle violenze di genere all'interno dei corpi armati cfr. su questi temi M. BLOCK, *Intervento del Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione*, in *Rassegna della Giustizia Militare*, *6*, 2018, pp. 11 ss.

[34] In questo senso può essere letto l'art. 23, comma 4, del d.p.r. n. 487 del 1994, il quale eccettua le assunzioni del personale militare e militarizzato delle FF. AA., dalla modalità di selezione mediante liste di collocamento, per le posizioni per le quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo. Attraverso simili apporti argomentativi si aprirebbe la strada per una maggiore riduzione dei margini di specialità della disciplina militare.

[35] La tesi è stata per prima elaborata da V. BECHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1961. In questo senso anche la dottrina più recente E. CHITI, *op. cit*., pp. 45 ss.; R. URSI, *op. cit*., pp. 199 ss.

[36] A tale proposito si può richiamare il granitico orientamento giurisprudenziale secondo cui «I provvedimenti di trasferimento d'autorità di militari, ivi compresi quelli assunti per ragioni di incompatibilità ambientale, sono qualificabili come ordini, rispetto ai quali l'interesse del militare a prestare servizio in una determinata sede assume, di norma, una rilevanza di mero fatto, che non abbisogna di particolari garanzie di partecipazione preventiva, quale è quella di cui all'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241, né di una particolare motivazione, atteso che l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio è ritenuto prevalente sugli altri eventuali interessi del subordinato e che, comunque, non è configurabile per la categoria militare una situazione giuridica tutelabile in ordine alla sede di servizio, la permanenza nella quale costituisce semplice modalità di svolgimento del servizio medesimo» (cfr., ex multis, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, Sent. n. 2248 del 2016; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, Sent. n. 1164 del 2015; T.A.R., Roma, Sez. I, Sent. n. 9654 del 2018; Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. n. 239 del 2018 e n. 4586 del 2013).

[37] Cfr. recentemente per tale indirizzo Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. n. 752 del 2021, ove in materia di ammissione al servizio permanente effettivo presso l'Arma dei Carabinieri, si ribadisce come «l'Amministrazione dispone di ampia discrezionalità: il provvedimento di ammissione, infatti, ha natura ampliativa, in quanto

ISSN 2036-7821

Al netto di tali osservazioni, comunque, riteniamo utile la presente sentenza in relazione alla menzionata dialettica concernente la specialità dell'ordinamento militare. In questa prospettiva, infatti, tale pronuncia fornisce più di un tassello argomentativo alla tesi che tende a ravvicinare quanto più possibile l'amministrazione della difesa alla disciplina normativa generale[38], che nel rispetto dei principi fondamentali governa ogni apparato amministrativo statale, seppure nelle sue peculiarità[39]. In più chiari termini, reputiamo che una riduzione del relativo perimetro di specialità possa assicurare maggiore spazio ai diritti del personale - maschile e femminile - impiegato in questo particolare settore della p.a.

La seconda delle questioni affrontate, nonostante sia risolta sbrigativamente nella sentenza, appare invece riprendere, pur senza menzionarla, la trascorsa giurisprudenza amministrativa, che in passato si era soffermata sul punto[40]. In tali

attribuisce all'interessato un bene della vita prima non spettante, e consegue ad una valutazione complessiva sia della persona nei suoi attributi "*morali e culturali*", sia del militare nella sua "*condotta, attitudine e rendimento*"».

[38] In questo senso, tuttavia, non convince del tutto il passaggio motivazionale della pronuncia in commento (punti 16.8 e 16.9) dove vengono prospettati esiti differenti in ragione del contenuto del bando di concorso in G.d.F., il quale sembra avrebbe potuto astrattamente derogare alla regola della pubblicazione in Gazzetta ufficiale. Nello specifico si legge nella sentenza che: «ove l'amministrazione avesse voluto assegnare ad una disposizione del bando un effetto derogatorio rispetto alla regola generale della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della graduatoria (a prescindere dai profili afferenti all' individuazione della base legale di una siffatta clausola), sarebbe stato onere della stessa inserire nel bando una chiara previsione in tal senso, piuttosto che una clausola generica e ambigua[…]».

Tentando di semplificare la nostra notazione critica, delle due l'una: o si riconosce chiaramente che il dettato normativo non conferisce all'amministrazione militare il potere di derogare alla modalità pubblicazione in Gazzetta ufficiale; o si finisce per ammettere forme di pubblicità legale diversificate, con le conseguenze che da ciò derivano sui termini di impugnazione (in questo secondo senso Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. n. 401 del 2019).

Il quadro normativo sembra chiaramente orientato nella prima direzione, considerato che il comma 7, del citato art. 32, l. 69/2009, accentua espressamente dall'eliminazione della forma cartacea la pubblicità nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e i relativi effetti giuridici (così Cons. Stato, Sez. V, Sent. n. 227 del 2016; Cons. Stato Sez. V, n. 7230 del 2003).

[39] Si veda in questo senso la paradigmatica vicenda della libertà di associazione sindacale all'interno delle FF. AA. sui quali recentemente Corte cost., Sent. n. 120 del 2018, ove la Consulta richiamando, ma anche in parte superando, i propri precedenti ha affermato «la sussistenza di peculiari esigenze di "coesione interna e neutralità", che distinguono le Forze armate dalle altre strutture statali; ha rilevato in particolare che l'art. 52, terzo comma, Cost. parla di "ordinamento delle Forze armate", non per indicare una sua (inammissibile) estraneità all'ordinamento generale dello Stato, ma per riassumere in tale formula l'assoluta specialità della funzione».

In passato il Giudice delle leggi, invece, aveva affermato come: «Le specificità dell'ordinamento militare giustificano, pertanto, la esclusione di forme associative ritenute non rispondenti alle conseguenti esigenze di compattezza ed unità degli organismi che tale ordinamento compongono» (così sentenza n. 449 del 1999).

[40] Si veda in questo senso Cons. di Stato, Ad. Plen., Sent. n. 1 del 2003. In tale pronuncia è stato osservato come ciò che risulta decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di concorso che prescrivono requisiti di partecipazione non è soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva (*interesse al ricorso*), ma l'ulteriore rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare al concorso (*legittimazione al ricorso*), risultino esattamente e storicamente identificate. Sulla necessità di distinguere i profili dell'interesse e della legittimazione al ricorso v. recentemente Cons. di Stato, Ad. Plen., Sent. n. 22 del 2021. La prevalente giurisprudenza

ISSN 2036-7821

occasioni era stato chiarito come, per affermare l'onere di immediata impugnazione, debba essere «il bando, e non il successivo svolgimento della procedura concorsuale, a determinare esso stesso la lesione dell'interesse degli aspiranti, escludendo per i medesimi, con la partecipazione alla procedura concorsuale, la possibilità di conseguire l'aggiudicazione ovvero (nel caso di concorso in materia di pubblico impiego) la collocazione utile in graduatoria»[41].

Nella fattispecie oggetto di contesa, in effetti, la condizione fisiologica della gravidanza non risulta "esattamente e storicamente" predeterminata, sicché la mancata possibilità di conseguire il collocamento utile in graduatoria deriva piuttosto dal successivo iter concorsuale e non dal provvedimento di indizione della procedura selettiva in sé. Occorre quindi notare come la tutela della maternità delle candidate gestanti nelle procedure di reclutamento, risulti per questa via complessivamente rafforzata[42].

Proprio su tali profili, l'ordinamento militare rappresenta alcune delle sue criticità più evidenti.

In questo senso, sembra che il Consiglio di Stato voglia aggirare alcune antinomie normative quando afferma che "l'interpretazione che vuole l'ammissione con riserva, sia una soluzione imposta dallo stesso tenore letterale delle norme"[43].

In effetti, questa affermazione appare in parte riduttiva, considerando che sia l'art. 585, lettera b, d.P.R. n. 90 del 2010 per le FF. AA. in generale, che l'art. 3, comma 3, d. M. n. 155 del 2000 per la G.d.F. in particolare, sono piuttosto chiari nello statuire il contrario, ovvero che l'idoneità debba comunque essere accertata entro i termini stabiliti dal bando di concorso.

Sotto tale aspetto, più netto è il dato letterale della disciplina generale relativa alle FF. AA., ove all'art. 585 del d.P.R. n. 90/2010 viene statuito che: «lo stato di gravidanza costituisce in sede di reclutamento, impedimento temporaneo all'espletamento della visita medica ai fini del giudizio di idoneità. In tal caso l'accertamento dell'idoneità è effettuato entro il termine stabilito dal bando di concorso, in relazione ai tempi necessari per la definizione della graduatoria».

Con maggiore chiarezza, dunque, sussiste un'aperta contraddizione tra quanto disposto dalle norme ora citate e quanto successivamente il legislatore ha introdotto

---

nomofilattica successiva si è invece interessata più direttamente delle procedure di gara per la selezione degli operatori economici in ambito di contratti pubblici, con scarsi se non assenti riferimenti al tema dei concorsi per il pubblico impiego cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sent. n. 4 del 2011, n. 4 del 2018, n. 22 del 2020.

[41] Così Ad. Plen., Sent. n. 1/2003, cit.

[42] Le candidate gestanti, infatti, potranno per tale via affrontare più serenamente la procedura concorsuale, senza l'onere di immediata contestazione del bando dell'amministrazione, per la presenza di eventuali e ipotetiche discriminazioni.

[43] Anche se poi i Giudici supportano tale tesi con argomenti di tipo teleologico cfr. punto 27.3 della decisione.

ISSN 2036-7821

nel Codice dell'ordinamento militare[44], ove è stato stabilito che l'accertamento dell'idoneità per le candidate gestanti sia rinviato al successivo primo concorso utile[45].

A margine della presente disamina, vogliamo sottolineare come nonostante gli sforzi legislativi e i fattivi apporti interpretativi degli ultimi anni, la specialità dell'ordinamento militare dimostra ancora oggi degli elementi di problematicità, in quanto a rispetto dei principi e delle regole sulla parità di genere in chiave sostanziale.

Una chiara dimostrazione di quanto appena detto è rinvenibile negli ulteriori limiti all'accesso che residuano per le candidate di genere femminile. Abbiamo aperto questo lavoro evidenziando come tali limiti legali siano "solo in parte" eliminati. Tale affermazione trova un cristallino riscontro nello stesso art. 2139, del d. lgs. 66 del 2010. Nello specifico, infatti, il comma 2 esordisce stabilendo che: «il Ministro dell'economia e delle finanze può prevedere limitazioni all'arruolamento del personale militare femminile soltanto in presenza di motivate esigenze connesse alla funzionalità di specifici ruoli, categorie, specialità e specializzazioni del Corpo,

[44] Cfr. art. 28, comma 5, lett. c, d. lgs. 27 dicembre 2019, n. 172, che disposto l'introduzione dei commi 1-bis e 1-ter all'art. 640, e i commi 1-bis, ter, e quater all'art. 2139, del d. lgs. n. 66 del 2010.

[45] Più nel dettaglio, quanto al personale della G.d.F. l'art. 2139, ai commi 1-bis e seguenti stabilisce che: «Le aspiranti agli arruolamenti nel Corpo della guardia di finanza che si trovano in stato di gravidanza e non possono essere sottoposte nell'ambito del concorso per il quale hanno presentato istanza di partecipazione agli accertamenti per l'idoneità al servizio ai sensi del regolamento di cui al comma 3 e, se previste, alle prove di efficienza fisica ovvero di idoneità al servizio nelle specializzazioni del Corpo, sono ammesse, d'ufficio, anche in deroga, per una sola volta, ai limiti di età, a svolgere i predetti accertamenti o prove nell'ambito del primo concorso utile successivo alla cessazione di tale stato di temporaneo impedimento. Il provvedimento di rinvio può essere revocato su istanza di parte quando tale stato di temporaneo impedimento cessa in data compatibile con i tempi necessari per la definizione della graduatoria. Fermo restando il numero delle assunzioni annualmente autorizzate, le candidate rinviate risultate idonee e nominate vincitrici nella graduatoria finale di merito del concorso per il quale hanno presentato istanza di partecipazione, sono avviate alla frequenza del primo corso di formazione utile in aggiunta ai vincitori del concorso cui sono state rinviate.

1-ter. Le vincitrici dei concorsi rinviate ai sensi del comma 1-bis sono immesse in servizio con la medesima anzianità assoluta, ai soli fini giuridici, dei vincitori del concorso per il quale hanno presentato istanza di partecipazione. La relativa posizione di graduatoria nell'ambito del corso originario è determinata sulla base del punto di classificazione finale riportato al termine del periodo di formazione, fatto salvo quanto previsto all'articolo 14-bis del decreto legislativo 12 maggio 1995, n. 199. Gli effetti economici della nomina sono riconosciuti, in ogni caso, con la stessa decorrenza prevista per i militari appartenenti al corso di formazione effettivamente frequentato.

1-quater. Le vincitrici dei concorsi per la nomina a ufficiale del ruolo tecnico-logistico-amministrativo, rinviate ai sensi del comma 1-bis, sono nominate con la medesima anzianità assoluta, ai soli fini giuridici, dei vincitori del concorso per il quale hanno presentato istanza di partecipazione e iscritte in ruolo nell'ordine della graduatoria di merito del concorso originario. Gli effetti economici della nomina decorrono, in ogni caso, dalla data di effettivo incorporamento. Una volta ultimato il corso di formazione, sono iscritte in ruolo, previa rideterminazione dell'anzianità relativa con riferimento al corso originario, sulla base del punto di classificazione finale riportato al termine dello stesso corso.

ISSN 2036-7821

qualora in ragione della natura o delle condizioni per l'esercizio di specifiche attività il sesso rappresenti un requisito essenziale»[46].

La premessa posta alla base della disposizione è data dal riconoscimento giuridico-normativo di determinate qualità, le quali imporrebbero di destinare determinati lavori solo a individui di un dato genere[47]. Ecco, dunque, la fallacia evidente della disciplina di settore, accettando la tesi delle diversità attitudinali tra uomo e donna, si dovrebbero ammettere forme di discriminazione nell'accesso agli impieghi, che per valutazione discrezionale dell'amministrazione non siano idonei alle candidate di genere femminile. A dire il vero la situazione è più grave di quanto possa *prima facie* apparire, considerando che la disposizione ora citata rimette dette valutazioni a un provvedimento sub legislativo[48], carente anche sotto il profilo della riserva di legge[49], richiesta dallo stesso art. 51, comma 1, della Costituzione[50].

Con queste precisazioni, dunque, dovrebbe risultare maggiormente evidente come la disciplina del personale militare lasci ampi margini all'amministrazione reclutante

---

[46] Negli stessi termini l'art. 639, comma 2, del D.lgs. 66 del 2010, che ripropone identica formulazione discriminatoria per le FF. AA. in generale.

[47] In questo senso le varie branche del dritto (penale, pubblico e civile) «sono apparse nel caso delle donne, sia pur contraddittoriamente connessi: discriminazioni e minorazioni, presenti in questi differenti campi, per secoli si sono accreditate reciprocamente riferendosi le une alle altre con procedimenti teorici di tipo circolare» (così M. GRAZIOSI, *Disparità e diritto. Alle origini della disuguaglianza delle donne*, in (a cura di) S. SCARPONI, *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Trento, 2016 p. 9). Approfonditamente anche S. FECI, *Leggere il diritto nella prospettiva del genere e viceversa*, in *Reti Medievali Rivista, 22, 2*, 2021, pp. 82 ss. ove l'A. fa notare come «la dimensione di genere innerva la cultura giuridica italiana ed europea in modo strutturale».

[48] Il comma prosegue precisando, infatti, che «Il relativo decreto è adottato su proposta del Comandante generale del Corpo della Guardia di finanza, sentito il Ministro delle pari opportunità, il quale acquisisce il parere della Commissione per le pari opportunità tra uomo e donna». Al momento non ci risulta che i decreti attuativi, o i relativi bandi di concorso, diano attuazione a tale limitazione.

[49] Cfr. analogamente la citata Cort. Cost. n. 180 del 2018, ove si evidenzia che per la previsione di ulteriori limiti al diritto di associarsi liberamente del personale militare è indispensabile una specifica disciplina legislativa.

[50] Che riserva alla legge di stabilire i requisiti per l'accesso agli uffici pubblici cfr. G. TARLI BARBIERI, *Art. 51*, in (a cura di) F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA , G. E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo, Vol. I*, Bologna, 2021, pp. 340 ss.

Riteniamo dunque che simile disposizione possa ritenersi incostituzionale, oltre che contrastante con i precetti europei e sovranazionali in materia. Conseguentemente, i successivi provvedimenti amministrativi che dessero attuazione a tale precetto sarebbero da considerarsi, in sede di impugnazione, illegittimi perché in contrasto con la Carta repubblicana e dunque annullabili. A ben vedere si potrebbe argomentare la tesi per cui la Costituzione, nel confinare l'ordinamento militare allo spirito democratico (art. 53, comma 3), privi in radice l'amministrazione del potere di discriminare le donne nell'accesso agli impieghi nelle FF. AA., anche alla luce dell'art. 51, conseguentemente si potrebbe prospettare una nullità dei relativi provvedimenti per difetto assoluto di attribuzione ex art. articolo 21-septies della legge n. 241 del 1990 (sulla distinzione tra nullità e annullabilità con particolare riferimento al rispetto dell'ordine democratico si veda M. C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. p. 189). In simile occasione, inoltre, si aprirebbe lo spazio per una rimessione al giudice delle leggi, al fine di sindacare la tenuta costituzionale di una simile disposizione di legge, specie con riferimento al rispetto degli artt. 3, 4, 39, 51, 52, e117. Contro questa soluzione vedi però Consiglio di Stato, Sez. III, n.5739 del 2013, il quale ha respinto la rilevanza della questione di legittimità costituzionale dei limiti di altezza per l'accesso al personale femminile dei Vigili del fuoco.

ISSN 2036-7821

circa le modalità, ovvero in ordine ai tempi e ai modi attraverso i quali l'ammissione delle candidate donne dovrà avvenire[51].

5. *Brevi considerazioni conclusive*

Con la pronuncia in commento il Consiglio di Stato si è sforzato di ricondurre a sistema una normativa abbastanza recente, che tenta di fornire un equo bilanciamento tra le contrapposte esigenze sottese alla speditezza delle procedure pubbliche e alla tutela delle candidate donne. Come abbiamo cercato di evidenziare, tuttavia, non sono poche le zone d'ombre della disciplina sopra citata. Gli spazi rimessi all'intervento discrezionale della p.a. potrebbero continuare a dare luogo ad applicazioni discriminatorie, che rischiano di passare esenti da giudizio, in applicazione di una consolidata giurisprudenza sull'insindacabilità dei provvedimenti dell'amministrazione militare.

In tale mosaico normativo, i giudici di Palazzo Spada hanno tentato di eclissare alcune lacune e contraddizioni dell'ordinamento militare, poggiando la loro decisione su solidi argomenti di tipo costituzionale, sistematico e teleologico. Guardando in filigrana la sentenza, tuttavia, possono riconoscersi nelle argomentazioni dei giudici amministrativi due linee direttive, lungo le quali si è mosso il nostro ordinamento per far fronte alle disparità di genere.

Così, da un lato la motivazione è fondata sul divieto di discriminazione, che il Collegio giudicante ricava principalmente da fonti di rango sovranazionale, quali: l' art. 11 della Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna, l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 157 del TFUE, e soprattutto la direttiva 76/207/CEE, nonché la più recente direttiva 2006/54/CE, relative queste all'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

Dall'altro, invece, emerge l'esigenza normativa di una parità effettiva basata sull'intervento proattivo dei pubblici poteri; necessità questa che la sentenza rinviene nella complessa lettura, non solo degli artt. 3 e 51 Cost., richiamati dal giudice di primo grado, ma anche degli artt. 4, 31 e 37 della stessa Carta. Così, con formula riassuntiva si legge nell'apparato motivazionale come «l'uguaglianza sostanziale tra i candidati, senza distinzione di genere, sarebbe frustrata in via definitiva se lo stato di

[51] Pertanto, esemplificando, non ci sentiamo di escludere che in assenza di un'espressa disposizione il differito accertamento attitudinale richieda un'iniziativa di parte, in ordine alla presentazione della domanda di partecipazione al successivo concorso che venga bandito. Le ipotesi problematiche potrebbero continuare a delinearsi. Si pensi al caso in cui la candidata già risultata gravida nel primo concorso risulti in tale stato fisiologico anche al concorso successivo. In simili casi l'amministrazione dovrebbe disporre una nuova riserva o la deroga a rigore deve considerarsi valevole solo per il primo concorso.

ISSN 2036-7821

gravidanza si trasformasse da impedimento temporaneo all'accertamento a causa definitiva di esclusione».

In tale complesso panorama giuridico, qualche ulteriore apprezzamento poteva essere fatto al disegno tracciato dal legislatore nazionale, il quale ha più volte ripreso il divieto di trattamenti discriminatori all'interno del Codice di cui al d. lgs. n. 66 del 2010[52]. Tra queste norme spicca sicuramente l'art. 1468 che vieta nei confronti dei militari ogni forma di discriminazione diretta o indiretta, di molestia anche sessuale, secondo quanto disposto dai decreti legislativi 9 luglio 2003, n. 215, 9 luglio 2003, n. 216 e 11 aprile 2006, n. 198. Divieto di discriminazioni per differenza di genere, che viene esteso anche in sede di attribuzione di incarico, di assegnazioni o di trasferimento a comandi, a enti, a reparti, ad armi o a specializzazioni (comma 2, dell'art. ora citato).

Quanto al tema qui in oggetto, ulteriore regola generale è contenuta nell'art. 639, comma 1, secondo il quale: «Il reclutamento del personale militare femminile è effettuato su base volontaria secondo le disposizioni vigenti per il personale maschile, salvo quanto previsto per l'accertamento dell'idoneità al servizio dalle norme contenute nel regolamento e salve le aliquote d'ingresso eventualmente previste, in via eccezionale, con il decreto adottato ai sensi del comma 2».

Tuttavia, occorre precisare come tali norme, nella parte in cui si limitano a predisporre un trattamento indifferenziato tra individui di diverso genere, tradiscono un approccio egualitario in parte obsoleto[53], ovvero di stampo eminentemente formale[54].

Come abbiamo cercato di fare emergere, invece, la tendenza generale dell'ordinamento è quella di affiancare ai "divieti negativi" dei "doveri positivi". Questi ultimi trovano oggi un espresso riferimento nell'art. 51, comma 1, della Costituzione, al quale è stato aggiunto il seguente periodo: «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini» (l. cost. n. 1 del 2003)[55].

---

[52] Soluzione questa che non poteva ritenersi sconta, vista la menzionata logica di specialità

[53] Utilizziamo questo aggettivo, poiché, il principio di parità formale dinanzi alla legge ha rappresentato il pilastro della società ottocentesca, fondata su ordinamenti di stampo liberale cfr. in questo senso e per gli ampi riferimenti CELOTTO A., *Art. 3.*, in (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 66.

[54] Sui rischi di un'impostazione basata sulla mera uguaglianza formale tra i generi v. D. LA ROCCA, *Che genere di diritto? Il controverso rapporto tra movimenti delle donne e trasformazioni dell'ordinamento giuridico*, in *SocietàMutamentoPolitica, 11(22)*, pp. 61-68. Per l'evoluzione dell'ordinamento giuridico nel senso dell'uguaglianza sostanziale, anche grazie alle pronunce della Corte costituzionale v. L. LORELLO, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Osservatorio Costituzionale, 5*, 2021, pp. 86-120.

[55] La Corte costituzionale ha stabilito che il nuovo testo dell'art. 51, 1 cost. non si limita più a disporre che la diversità di sesso non può essere mai ragione di discriminazione legislativa «ma assegna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini» (Corte cost., Ord. n. 39 del 2005).

ISSN 2036-7821

La soluzione recentemente adottata dal legislatore per gli accertamenti psicofisici delle candidate gestanti, dunque, è degna di pregio ai nostri fini, poiché, seppure timidamente, inserisce la disciplina del personale militare nell'evoluzione complessiva del nostro ordinamento giuridico. Quest'ultimo si è dimostrato in passato strettamente ancorato a una prospettiva egualitaria strettamente formale (cfr. art. 3, comma 1, Cost.). Tale approccio è ben rappresentato da tutte quelle disposizioni, presenti anche nel settore delle FF. AA., caratterizzate dal divieto negativo di discriminazione in base al sesso[56].

Almeno a partire dagli anni '90 del secolo scorso, diversamente, l'intervento normativo dei pubblici poteri si è distinto in chiave *pro-positiva*, attraverso la predisposizione di trattamenti diversificati e di favore nei confronti del genere sottorappresentato, volti a rimuovere discriminazioni pregresse e impedire il realizzarsi di nuove disuguaglianze tra uomini e donne[57].

In questo orizzonte diacronico può essere letta la soluzione trovata dal legislatore dell'ammissione con riserva al primo concorso utile. In sostanza si tratta di accorgimenti imposti all'amministrazione reclutante, che riteniamo ascrivibili al novero delle c.d. azioni positive[58]. Tale vantaggioso espediente, tuttavia, avrebbe richiesto per una più effettiva implementazione anche una rimodulazione delle ulteriori norme citate (art. 580, comma 3, d.P.R. n. 90/2010 per le FF. AA., e l'art. art.

Ciononostante, crediamo che la legittimità dell'approccio normativo fondato sul trattamento di favore alle aspiranti lavoratrici poteva ricavarsi già nel testo originario della Carta, e specie per la tutela della gravidanza nei contesti lavorativi da una lettura sistematica degli artt. 3, comma 2, 4, 31 comma 2 e 37, comma 1, Come confermato dalle motivazioni della presente sentenza. In questo senso anche Corte cost., Sent. n. 158 del 2018 e n. 423 del 1995. Cfr. in senso adesivo Corte cost., Sent. n. 163 del 1993 ove dalla lettura delle citate norme (artt. 3, comma 2 e 37) viene ricavato che «l'adozione di un trattamento giuridico uniforme - cioè la previsione di un requisito fisico per l'accesso al posto di lavoro, che è identico per gli uomini e per le donne, - è causa di una "discriminazione indiretta" a sfavore delle persone di sesso femminile, poiché svantaggia queste ultime in modo proporzionalmente maggiore rispetto agli uomini, in considerazione di una differenza fisica statisticamente riscontrabile e obiettivamente dipendente dal sesso»

[56] Cfr. in questo senso attentamente M. DOGLIANI – C. GIORGI, *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma, 2017, pp. 135 ss.

[57] Cosiddette azioni positive cfr. *Ibidem*, p. 136. Le *affirmative actions* sono state introdotte per la prima volta in Italia con le leggi n. 125 del 1991 e n. 215 del 1992. Il dibattito era però sorto già in precedenza a livello comunitario con la Direttiva 76/207/CEE, relativa al principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro (cfr. C. ALESSI, *Le azioni positive*, 2019, in (a cura di) M. BARBERA - A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, 2019, Torino, pp. 508-509).

Tale approccio ha poi caratterizzato tutta la legislazione successiva, ai nostri fini potendosi citare gli attuali art. 42 e ss. del Codice delle pari opportunità, e in particolare l'articolo 48, che impone a ciascuna Pubblica Amministrazione di adottare un Piano di Azioni Positive volto ad assicurare la rimozione degli ostacoli che impediscono la piena realizzazione delle pari opportunità. Altre norme sono poi rinvenibili nel Testo unico del pubblico impiego (cfr. artt. 7, 30, 35, 57), così come anche nel Testo unico a sostegno di maternità e paternità (d.lgs. n. 151 del 2001). Su questi temi recentemente E. PASQUALETTO, *Le pari opportunità di genere nell'accesso e nelle carriere nel pubblico impiego: Dati, normativa, criticità e soluzioni*, *in Lavoro Diritti Europa*, 3, 2022.

[58] Infatti alle sole candidate donne in condizione di gravidanza è permesso di essere ammesse con riserva al primo concorso utile anche in deroga, per una sola volta al limite di età previsto per i concorsi nelle FF. AA.

ISSN 2036-7821

3, comma 3, d. M. n. 155/2000 per la G.d.F.), le quali invece appaiono ancora prescrivere comportamenti antitetici.

Conclusivamente, tuttavia, deve notarsi come la persistente previsione di barriere giuridiche all'accesso delle carriere militari per le candidate donne, ancora oggi rinvenibili negli artt. 639 e 2139 del d. lgs. 66 del 2010, rischia di minare la tenuta e la complessiva coerenza dell'ordinamento[59].

Guardando più da vicino all'attuale dibattito in materia, infatti, norme analoghe a quelle ora criticate contrastano con il paradigma *gender mainstream*, di cui lo Stato italiano si è fatto portatore[60]. Ovvero, le regole e i principi che disciplinano il nostro vivere associato sono ormai orientai verso una trasversale prospettiva paritaria, scevra da pregiudizi sessuati.

Dunque, con lo sguardo rivolto al legislatore, muovendoci sul piano logico prima ancora che giuridico, non possiamo non evidenziare come le considerazioni di carattere biologico poste alla base di simili barriere, vengono sovente apoditticamente affermate, più che provate con rigore scientifico[61]. In questo senso è chiaramente indirizzata la comunità internazionale considerato che sia la Nato[62] che l'Onu[63], alle quali l'Italia aderisce[64], hanno adottato una politica militare fortemente

[59] Nel contesto normativo sinteticamente delineato, infatti, occorre notare come lo stesso codice delle pari opportunità, all'art. 27, dopo aver ricondotto alla nozione di discriminazione nell'accesso al lavoro l'indicazione come requisito professionale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso (comma 2, lett. b), eccettui però dal relativo divieto le ipotesi di mansioni di lavoro particolarmente pesanti individuate attraverso la contrattazione collettiva (comma 3).

Per quanto maggiormente rileva in questa sede, l'ordinamento perde la sua complessiva coerenza, tuttavia, guardando al successivo comma 5 dell'art. ora in esame, ove - più o meno esplicitamente - si ammette per i concorsi pubblici, che il riferimento al sesso possa costituire requisito essenziale per la natura del lavoro o della prestazione. Le norme da ultimo citate, che dovrebbero rappresentare la cornice egualitaria di riferimento, seppure in maniera velata, invece, perpetrano lo schema segregativo, che in modo più esplicito ritroviamo nella disciplina sul reclutamento del personale militare, ove vengono corroborate dalla teorica della specialità del relativo ordinamento.

[60] Può in questa sede esse utile citare due dei programmi maggiormente rappresentativi di questo approccio, ovvero la *Strategia europea 2020-2025* della Commissione europea e la *Strategia Nazionale 2021-2026* per la Parità di Genere del Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tale impostazione integrata è stata da ultimo implementata nel Piano nazionale di ripresa e resilienza, nel quale infatti l'uguaglianza rappresenta una delle tre priorità trasversali perseguite in tutte le missioni che lo compongono.

[61] Si vedano in questo senso i recenti studi scientifici sulle prestazioni sportive dei due sessi, ove si evidenzia come gli atleti maschi risultano più prestanti sotto i profili della maggiore massa muscolare, densità articolare e capacità aerobica, ma le atlete manifestano una maggiore resistenza muscolare e un più pronto recupero dagli infortuni (così e per gli ampi riferimenti A. J. BASSETT, A. AHLMEN, J. M. ROSENDORF, A. A. ROMEO, B. J. ERICKSON, M. E. BISHOP, *The Biology of Sex and Sport*, in *JBJS Reviews*, *8*, *3*, 2020).

[62] Già nel 1961 si tenne a Copenaghen la prima Conferenza NATO delle donne ufficiali dell'Alleanza con delegati provenienti da Danimarca, Paesi Bassi, Norvegia, Regno Unito e Stati Uniti. Da allora gli impegni e le azione nel senso della parità dei generi si sono moltiplicate.

[63] All'interno della quale tale politica nasce formalmente nel 2000 con la risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1325 del 2000, su "*Women, Peace and Security*".

ISSN 2036-7821

votata all'inclusione delle donne nelle forze armate. Così, nelle sedi sovranazionali si è da tempo preso atto del contributo fornito dal personale militare femminile alla risoluzione dei conflitti e alla costruzione della pace, apporto diventato particolarmente evidente nei contesti contemporanei, nei quali le relazioni civili e militari sono indissolubilmente legate[65].

Limitare l'accesso alle donne perché ritenute fragili e inidonee a determinati compiti, inoltre, cozza con le risultanze storiche relative il loro ruolo nei conflitti armati; evidenze queste che dimostrano ad esempio il contributo femminile alla resistenza italiana e alla relativa caduta del fascismo[66], così come gli apporti determinanti in scenari bellici extra nazionali[67].

In più chiari termini, come è stato efficacemente rappresentato in dottrina: «abbandonata una visione naturalistica dei fenomeni sociali, o l'idea di una sovradeterminazione del biologico, ci si rende conto di essere in presenza di una costruzione sociale forte, sedimentatasi nel tempo, che ha determinato per un verso i caratteri della donna lavoratrice, per un altro quelli dell'uomo lavoratore»[68].

In fine, riteniamo che pur ammettendo delle significative differenze biologiche tra i due sessi, queste andrebbero semmai integrate per il miglior andamento dell'amministrazione militare[69], come si ricava da una lettura sistematica del quando costituzionale[70], e mai poste alla base di norme discriminatorie. In questa direzione

---

[64] Il coinvolgimento delle forze armate italiane in una stabile organizzazione militare sovranazionale, ha rappresentato per la dottrina uno dei cambiamenti più rilevano nell'amministrazione della difesa cfr. in questo senso CHITI E., *op. cit.*, pp. 153 ss.; R. URSI, *op. cit.*, p. 97 ss.

[65] Su questi temi approfonditamente F. FARINA, *Donne nelle forze armate. Il servizio militare femminile in Italia e nella Nato*, Roma, 2015; A. SCHJØLSET., *NATO and the Women: Exploring the Gender Gap in the Armed Forces*, *PRIO Paper*. Oslo, 2010.

[66] In questo senso tra gli altri e le altre A. CAZZULLO, *Possa il mio sangue servire. Uomini e donne della Resistenza*, Milano, 2015; M. PONZANI, *Guerra alle donne. Partigiane, vittime di stupro, «amanti del nemico» 1940-45*, Torino, 2021.

[67] Cfr. per il conflitto della prima guerra mondiale S. BARTOLONI, *Donne di fronte alla guerra. Pace, diritti e democrazia*, Bari-Roma, 2017; nella letteratura straniera v. tra le altre S. ALEKSIEVIČ, *La guerra non ha un volto di donna - L' epopea delle donne sovietiche nella seconda guerra mondiale*, Milano, 2017. Sul ruolo delle donne nei conflitti armati quali possibili mediatrici, contrapposte alla brutalità violenta del metodo machista si veda anche F. CASTELLI, *Comunarde. Storie di donne sulle barricate*, Roma, 2021.

[68] A. GROPPI, *Ottica di genere e lavoro in età moderna*, in (a cura di) G. CALVI, *Innesti. Donne e genere nella storia sociale*, pp. 259-275, ove l'A. richiama a sua volta gli studi di J. W. SCOTT, *The Sears Case in Ead., Gender and the Politics of History*, New York, 1988, pp. 167-177.

[69] Cfr. in questo senso per la p.a. in generale A. SIMONATI, *La parità di genere in Italia: la giuridificazione dell'uguaglianza sostanziale, fra tutela di diritti individuali e interesse della collettività*, in (a cura di) L. FERRARA – D. SORACE, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi, Vol. III* (a cura di) B. MARCHETTI – M. RENNA, *La giuridificazione*, Firenze, 2016, pp. 411-422.

[70] In questa direzione ci sembra si fosse espressa in passato la stessa Corte costituzionale. Infatti, in una delle rare prese di posizione sul tema ha affermato come: «In attuazione del principio costituzionale di eguaglianza, la legge 9 febbraio 1963, n. 66 ha abrogato ogni disposizione discriminatrice, stabilendo che la donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera (art. 1). Questa possibilità non è stata esclusa, in linea di principio, neppure per l'arruolamento della donna nelle

ISSN 2036-7821

dovrebbe orientarsi la giurisprudenza[71], seguendo l'esempio della sentenza qui commentata, ma anche e principalmente il Parlamento attraverso una meditata revisione del quadro normativo[72].

Forze armate e nei corpi speciali. Difatti la stessa disposizione rinvia alla regolamentazione di leggi particolari, ritenute necessarie per disciplinare e predisporre gli strumenti correlati alle molteplici soluzioni organizzative ed ordinamentali con le quali può essere previsto ed articolato un servizio militare femminile» (così Sent. n. 188 del 1994). Su posizione analoghe V. ONIDA, *La parità di genere in magistratura: tra eguaglianza e differenza*, in (a cura di) M. D'AMICO, C. M. LENDARO, C. SICCARDI, *Eguaglianza di genere in Magistratura. Quanto ancora dobbiamo aspettare?*, Milano, 2017, pp. 26 ss.

[71] Cosa che non sempre è avvenuta in Italia, come dimostrato dalla recente condanna del nostro Paese da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 maggio 2021, nel *Caso J.L. c. Italia*. Nella specie, la decisione definitiva della Corte di Appello di Firenze, di assoluzione dal reato di violenza sessuale (art. 609-bis del Codice penale), poiché fondata su una motivazione esplicitamente ricca di pregiudizi e stereotipi di genere, è stata ritenuta dai Giudici di Strasburgo in contrasto con l'art. 8 della Convenzione. Per un primo commento v. M. BOUCHARD, *La vittimizzazione secondaria all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo. Come le parole dei giudici possono arrecare una seconda offesa alla vittima: il caso J.L. c. Italia 27 maggio 2021*, in *Dir. pen. e uomo, 6*, 2021, pp. 37-53.

[72] Si tratta di un tema che stenta ad affermarsi, come dimostrato dalla recente l. n. 119 del 2022, la quale interviene sulla disciplina in materia di reclutamento delle forze armate, ma senza nulla prevedere in merito alla questione qui rappresentata. L'obbiettivo principale di tale legge è quello di rendere la carriera militare maggiormente appetibile, nella prospettiva fatta propria dal testo normativo di rimodulare in aumento la dotazione di personale militare contrariamente a quanto prefigurato dalla legge n. 244 del 2012.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La disciplina giuridica delle banche pubbliche residue: il caso dell'Istituto per il Credito Sportivo (ICS)

di Roberta Lo Conte

(Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico dell'Economia – Università degli Studi di Roma "La Sapienza)

Sommario

1. Premessa. – 2. Gli interventi legislativi diretti a rinnovare il sistema creditizio: la legge "Amato-Carli" – 3. La privatizzazione delle banche pubbliche – 4. L'Istituto per il Credito Sportivo come unica banca pubblica residua – 5. Le recenti pronunce sul caso ICS: il requisito teleologico e qualificazione come "organismo di diritto pubblico" – 6. Considerazioni conclusive: quali prospettive future?

Abstract

The recent jurisdictional events that have affected the Istituto per il Credito Sportivo (ICS) give the opportunity to conduct some reflections on the evolution in the Italian legal system of the legal discipline of the so-called residual public banks, a category envisaged by art. 151 of the Consolidated Banking Law. In particular, the administrative judge considered it to be a body governed by public law, due to the fact that the characterization marked by the tasks assigned to the body prevails over the methods of carrying out the activity.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Le recenti vicende giurisdizionali che hanno interessato l'Istituto per il Credito Sportivo (ICS) danno modo di condurre alcune riflessioni sulla evoluzione nel nostro ordinamento della disciplina giuridica delle cosiddette banche pubbliche residue[1].

Come noto, a partire dagli anni '80, in molti paesi dell'Europa continentale si è avviata una intensa fase di ristrutturazione dell'industria bancaria e finanziaria che ha interessato anche e soprattutto gli assetti proprietari degli istituti di credito, determinata non solo dalla crescente integrazione dei mercati, ma anche dall'innovazione tecnologica e finanziaria e dal processo di internazionalizzazione. Tale ristrutturazione, che ha incentivato l'integrazione e la concorrenza, è stata favorita dalla ridefinizione del ruolo dello Stato nel settore delle banche: la presenza pubblica negli assetti proprietari ha visto una drastica riduzione e rilevanti cambiamenti si sono registrati nell'organizzazione degli intermediari[2]. La presenza di banche con una dimensione *crossborder* ha aumentato l'esigenza di emanare norme armonizzate a livello internazionale, accanto a meccanismi di cooperazione tra le varie Autorità di vigilanza. Una maggior concorrenza è stata sostenuta anche dal rafforzamento del quadro giuridico sul punto e la situazione italiana rappresenta un chiaro e valido esempio di questo processo[3].

Il profilo pubblicistico del sistema creditizio italiano trova la sua base all'interno dei sistemi economici dei primi decenni dello scorso secolo quando la predisposizione di meccanismi di ingerenza dello Stato nell'esercizio del credito risultava importante per la soddisfazione di varie esigenze di natura sociale. Un esempio ne è l'utilizzo per risolvere alcuni conflitti che interessavano le classi sociali più disagiate e meno abbienti o anche per la copertura del fabbisogno finanziario utile allo sviluppo del sistema agricolo ed industriale. A tutto ciò si aggiungono tutte le conseguenze della grande crisi economica del 1929 "*cui fece seguito l'affermazione di una concezione dirigistica in economia e totalitaria in politica con ovvia assunzione da parte dello Stato dell'onere di predisporre forme di garanzia dei risparmi della clientela bancaria*"[4].

Con il r.d. n. 967/1929 che regolava le Casse di Risparmio venne disposta in maniera ufficiale la natura pubblica delle istituzioni bancarie; a tale testo legislativo fece

[1] Per cui v. A. TROISI, *Commento all'art. 151*, in *Commentario al Testo Unico bancario*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, 2018, 2765.

[2] Cfr. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 63 ss.; G. CERRINA FERRONI, G. F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico finanziaria e intervento dello Stato, Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012, 83 ss.; M. STELLA RICHTER Jr., *L'interesse pubblico nelle privatizzazioni*, in *Giust. civ.*, 2001, 61 ss.

[3] Si vedano G. ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 97 ss.; G.M. CARUSO, *Caratteri evolutivi del criterio dell'investitore di mercato. La contrapposizione fra Stato azionista e Stato autorità negli incerti parametri europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1/2014, 115 ss.; D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla «neutralizzazione» dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 1/2016, 189 ss.

[4] Così M. PORZIO, *La legge bancaria: un tentativo di intervento globale sul mercato del credito*, in AA.VV., *La legge bancaria. Note e documenti sulla sua "storia segreta"*, a cura di PORZIO, Bologna, 1981, 14 ss.

ISSN 2036-7821

seguito la difficoltà di raccordare la tipica operatività delle istituzioni economiche e i canoni gestionali ai quali l'ente bancario doveva attenersi al fine di perseguire finalità di natura pubblica relative alle Casse medesime. La categoria delle banche pubbliche non era altro che un insieme eterogeneo di istituzioni creditizie che si distinguevano sulla base delle funzioni svolte e della clientela che soddisfacevano con la propria attività. In particolare il riferimento è agli istituti di credito di diritto pubblico, alle casse di risparmio, agli istituti di credito speciale, alle banche di interesse nazionale, ai monti di credito su pegno di prima e seconda categoria[5].
Si tratta di soggetti che risultavano a loro volta riconducibili a due ulteriori macrocategorie: da un lato le fondazioni, aventi una base patrimoniale non riconducibile ad un soggetto pubblico specifico, dall'altro le associazioni nelle quali l'autorità statale deteneva quote di partecipazione al capitale. Tale assetto è stato sottoposto ad un riesame critico in relazione agli assetti organizzativi che ha fatto emergere importanti inefficienze gestionali che risultavano un vero e proprio ostacolo alla massimizzazione del valore economico dell'azienda[6]. Pertanto un "sistema amministrato" (l'insieme appunto delle banche pubbliche) è stato così ritenuto inefficace per assolvere ai canoni imposti dall'Autorità di vigilanza, dal momento che avrebbe potuto porre dei limiti ed ostacolare l'individuazione di responsabilità degli organi aziendali connesse alle ordinarie attività operative da parte delle Autorità medesime[7].

2. Gli interventi legislativi diretti a rinnovare il sistema creditizio: la legge "Amato-Carli"
A seguito di varie spinte ed esigenze di cambiamento, ne è derivata una complessa e articolata riforma, incentrata su una netta affermazione del carattere d'impresa dell'attività bancaria (indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata) e sull'avvio del processo di privatizzazione. Difatti proprio l'evoluzione normativa[8] e le privatizzazioni hanno rappresentato i presupposti per una fase di innovazione che, a partire dagli anni Novanta, è oggi ancora in corso.
In Italia tappe importanti di tale processo sono state la legge n. 287 del 1990, che ha introdotto nel nostro ordinamento la normativa a tutela della concorrenza, e la legge

[5] Cfr. S. CASSESE, *Miti e realtà delle banche pubbliche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 1/1982, 100 ss.; G. AMATO, *Ristrutturazione degli istituti di credito ed evoluzione del mercato finanziario*, in AA.VV., *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L'attuazione della legge n. 218/90*, a cura di AMOROSINO, Milano, 1991, 76 ss.
[6] Si veda G. SANGIORGIO, voce *Credito (ordinamento amministrativo del)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1989, 407 ss.
[7] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, 1994, 78 ss.; A. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel paradigma della concorrenza comunitaria*, Milano, 2002, 97 ss.
[8] Hanno concorso gli stimoli determinati dal processo di armonizzazione delle norme in ambito comunitario; si ricordino la prima e la seconda direttiva comunitaria in materia creditizia (Direttive nn. 77/80 e 89/646) con cui è stato, tra l'altro, sancito normativamente il diritto di ingresso sul mercato a qualunque soggetto che presenti le qualità oggettive richieste dalla legge; cfr. S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Econ. e cred.*, 1975, 996 ss.

ISSN 2036-7821

n. 218 del 1990, cosiddetta legge Amato-Carli che, disciplinando le banche pubbliche, ha consentito a queste di adottare il modello della società per azioni. Punto di arrivo di tale processo è stato il D.lgs. n. 385 del 1993, il Testo Unico Bancario, dove per la prima volta sono state definite esplicitamente le finalità dell'attività di vigilanza, ossia la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, la stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario nel suo complesso[9].

L'art. 151 del TUB, rubricato "Banche pubbliche residue", secondo cui "*l'operatività, l'organizzazione e il funzionamento delle banche pubbliche residue sono disciplinati dal presente decreto legislativo, dagli statuti e dalle altre norme in questi richiamate*", è una disposizione importante in quanto reca il criterio ordinatore della materia delle banche pubbliche. In virtù del carattere residuale di tale categoria negli ultimi anni, il legislatore italiano ha provveduto in questo modo a regolarne i vari profili organizzativi e operativi tramite un riferimento sintetico all'applicabilità delle disposizioni contenute nel TUB, oltre che negli *"statuti"* e in "*norme da questi richiamate*". È noto che nell'ordinamento finanziario italiano l'Istituto per il Credito Sportivo (ICS) rappresenta l'unica banca pubblica italiana a servizio dello Sport e della Cultura, sottoposta fino a qualche anno fa alla procedura di amministrazione straordinaria e che, nonostante i vari tentativi di privatizzazione, ha mantenuto nel tempo la sua natura pubblica *"che è stata alla base di un'operatività orientata al sostegno delle istituzioni sportive, nonché al perseguimento di finalità di tipo culturale e ricreativo"*[10].

Come prima accennato, l'intervento di ristrutturazione degli enti bancari pubblici ha causato una trasformazione della loro forma giuridica portando all'individuazione del modello civilistico di società per azioni quale assetto ottimale per fronteggiare tutte le spinte concorrenziali e le esigenze di libera circolazione di capitali sul mercato, sia a livello nazionale che europeo[11]. L'introduzione della legge n. 218 del 1990, la legge Amato-Carli appunto, per usare le parole della dottrina *"ha agito da catalizzatore nel superamento di un sistema caratterizzato da assetti proprietari riconducibili alla mano pubblica, decretando un vero e proprio riordino del "paesaggio bancario"*[12]. Proprio tale sistema era stato fino a quel momento caratterizzato da forme di ingerenza pubblica che limitavano di gran lunga l'efficienza gestionale di tali enti e che puntavano non verso obiettivi tipici del mercato finanziario ma verso obiettivi di

[9] Cfr. S. AMOROSINO, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari di una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Dir. econ.*, 1995, 2 ss.; Id., *È ancora il credito un ordinamento sezionale?*, in *L'ordinamento amministrativo del credito*, Roma, 1995.

[10] Così A. TROISI, *Commento all'art. 151*, cit., 2765.

[11] Si vedano F. GALGANO, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contr. impr.*, 1996, 74 ss.; F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, 2000, 65 ss; M. CLARICH, F. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie e Regioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 67 ss.

[12] Così A. TROISI, *Commento all'art. 151*, cit., 2766; cfr. Relazione al d.d.l. recante "Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico", in Atti parl., X legisl, Camera dei Deputati, doc. n. 3124/A.

ISSN 2036-7821

natura socio-politica. In tale clima il legislatore è stato spinto da esigenze di stabilità dell'ordinamento creditizio, che lo hanno indirizzato verso la definizione di un sistema regolamentare del settore "poco aperto" ai canoni della libera concorrenza[13].
Con la trasformazione degli enti pubblici bancari in istituzioni di natura privatistica si riduce dunque notevolmente l'intervento della mano pubblica sul sistema finanziario e di conseguenza si ha un riscontro di finalità sempre più imprenditoriale. Ci si è trovati dunque dinanzi ad un "blocco" delle influenze autoritative che vengono così oramai circoscritte esclusivamente alla fase autorizzatoria degli enti creditizi e al momento di applicazione delle misure di vigilanza prudenziale[14].
Si è parlato in dottrina di "despecializzazione istituzionale", intesa come la soppressione delle differenziazioni che sussistevano tra le varie categorie di banche, condizione che ha permesso alla *governance* societaria di acquisire un'autonomia decisionale maggiore e che si è verificata sia in relazione alle strategie di acquisizione del capitale di rischio, sia in relazione a modalità organizzative dirette a conseguire obiettivi di medio lungo termine[15]. Ne è derivata dunque per le banche la necessità di individuare *"strategie di rafforzamento alle quali occorre far riferimento in vista di nuovi assetti di mercato, connotati da più elevati livelli di patrimonializzazione, di internazionalizzazione, nonché di capacità competitiva degli appartenenti al settore"*[16].

3. La privatizzazione delle banche pubbliche

Come già evidenziato, la legge n. 218 del 1990 e il D.lgs. n. 356 del 1990 recante "*Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio"* aprirono la prima fase di privatizzazione del settore bancario.
La legge Amato, in particolare, ha dato inizio ad una potente fase di ristrutturazione dell'intero sistema di credito italiano che ha condotto tutti gli organismi bancari pubblici a rivedere e modificare la propria struttura[17]. Con tale legge il legislatore ha cercato di adeguare il sistema bancario italiano alla sfida della concorrenza europea e per perseguire tale riorganizzazione si proposero due operazioni: una prevedeva la

[13] Cfr. S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.

[14] Si vedano S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L'attuazione della legge 218/90*, Milano, 1991, 76 ss.; M. C. ANDRINI, *Statuti e prassi statutarie nella disciplina delle fusioni, scissioni e trasformazioni delle società e degli enti creditizi*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1993, 56 ss.

[15] Cfr. V. TROIANO, *Gli intermediari finanziari*, in AA.VV., *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, 74 ss.; SERRA, *La ristrutturazione degli istituti di credito di diritto pubblico: profili societari*, in AA.VV., *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L'attuazione della legge n. 218/1990*, cit., 46 ss.

[16] Così F. CAPRIGLIONE, *Riforma bancaria e scenario economico. Spunti d'indagine*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 2/1994, 146 ss.

[17] Cfr. G. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006, 160 ss.; S. CAPPIELLO, *La vigilanza sui conflitti di interesse nella banca universale e il ruolo della class action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane*, in *Giur. comm.*, 1/2007, 40 ss.

ISSN 2036-7821

trasformazione diretta in società per azioni, che interessava gli enti creditizi pubblici il cui ente originario aveva natura associativa; l'altra il conferimento dell'azienda bancaria in una società per azioni già esistente o di nuova nascita, che invece interessava gli enti creditizi pubblici il cui ente originario aveva struttura di fondazione (e quindi assenza di proprietari), senza estinzione dell'ente conferente[18]. È interessante notare dunque come in questa fase, il cambiamento della personalità giuridica degli istituti di credito sia avvenuto tramite l'adozione di misure che hanno ridisegnato il patrimonio aziendale. È stata proprio tale legge ad attuare un processo di privatizzazione della banca pubblica che in origine è stato esclusivamente di tipo "formale" dal momento che il controllo pubblico continuava a essere presente sulla banca derivante dal processo di trasformazione. La legge Amato-Carli ha previsto infatti la facoltà per gli esponenti del comitato di gestione e degli organi di controllo dell'ente conferente di portare avanti la linea di gestione della società conferitaria[19].
Soltanto in seguito, con la direttiva del 18 novembre 1994, adottata in attuazione dell'art. 1, comma 7, della legge n. 474/1994 (c.d. Direttiva Dini), venne fatta maggior chiarezza[20]. Lo scopo perseguito da questo provvedimento era quello di far dismettere le partecipazioni di controllo che gli enti conferenti avevano nelle aziende bancarie conferitarie, in modo da diversificare il rischio di investimento ed essere, quindi, più efficienti e proficue nei settori sociali cui operavano; si voleva dare avvio ad una privatizzazione delle banche di tipo "sostanziale": l'assetto dispositivo della direttiva sembrava eliminare qualsiasi riferimento alla "facoltatività" prevista invece nella legge Amato[21] dando origine ad un cambio di rotta verso un impianto di tipo dirigistico con l'intento di riorganizzare l'intero mercato creditizio[22]. La trasformazione delle banche in società per azioni ha difatti avuto dei riflessi sul sistema finanziario nel suo complesso: si è infatti assistito da un lato alla necessità di porre nel mercato quote azionarie derivanti dalle dismissioni delle pubbliche proprietà, dall'altro all'introduzione delle c.d. fondazioni bancarie. Il processo di rinnovamento delle istituzioni creditizie è stato molto graduale essendo diretto ad

[18] Cfr. A.M. TARANTOLA, *Dalla proprietà pubblica a quella privata: concorrenza ed efficienze del sistema bancario italiano*, in occasione della Conferenza internazionale "The Perspectives of the European banking and Financial Sector", Mosca, 2007, 14 ss.

[19] Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Concentrazioni bancarie e logica di mercato*, Relazione al Seminario di studi su «Concentrazioni bancarie e tutela della concorrenza dopo l'entrata in vigore della legge sul risparmio: considerazioni teoriche e problemi applicativi», Pisa, 19 maggio 2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 3/2008, 293 ss.

[20] Per un commento sulla Direttiva Dini si veda P. MARCHETTI, *La legge speciale sul Banco di Napoli*, in *Riv. soc.*, 5-6/1996, 1334 ss.

[21] Questa consentiva alle istituzioni bancarie di individuare in maniera discrezionale il momento ottimale per procedere alla ridefinizione del relativo assetto organizzativo e patrimoniale; si veda S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in AA.VV., *Dal TUB all'Unione Bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 75/2014, 63 ss.

[22] Cfr. M. C. ANDRINI, *Statuti e prassi statutarie nella disciplina delle fusioni, scissioni e trasformazioni delle società e degli enti creditizi*, in *Dir. banca merc. fin.* 1993, 56 ss.

ISSN 2036-7821

una vera e propria ridefinizione dell'organo amministrativo che ha comportato il conferimento di un'autonomia decisionale. Tutto ciò, portando ad una crescita dei livelli concorrenziali delle nuove strategie di mercato, ha *"agito da catalizzatore nell'innesco dei meccanismi di concentrazione bancaria, decretando così la diffusione del fenomeno dei "gruppi polifunzionali""*[23].

Il processo di privatizzazione è stato portato a compimento nonostante i vari ostacoli derivanti dalla domanda: mancanza di investitori istituzionali come i fondi pensione; preferenze dei piccoli risparmiatori verso forme di investimento più tradizionali; norme societarie che non tutelavano in maniera adeguata i piccoli azionisti e non garantivano la trasparenza e la contendibilità. È stato evidente come tale processo abbia trovato alcune difficoltà di impatto su determinate realtà nelle quali era più pregnante l'attività *"permeata da logiche di localismo"*[24]. Il riferimento è alle implicazioni della domanda di servizi finanziari focalizzata per lo più su obiettivi di sviluppo legati al territorio di origine. Un esempio è la conclusione dell'iter di riforma del Monte dei Paschi di Siena con decreto n. 721602 dell'8 agosto 1995 del Ministero del Tesoro nel cui processo di privatizzazione ha assunto particolare importanza la configurabilità di una situazione relazionale tra l'attività della banca e le necessità di valorizzazione delle risorse presenti sul territorio[25].

Secondo la dottrina non è poi da escludersi la coesistenza di banche pubbliche con altre di tipo privato purché si abbia di mira la salvaguardia costante dell'equilibrio del sistema con particolare riferimento alla protezione e tutela dell'efficienza e al rispetto delle regole del mercato[26].

Si può dunque affermare che il passaggio dalla proprietà pubblica a quella privata è stato caratterizzato da un processo di radicale cambiamento della struttura del sistema bancario italiano; e ciò ha comportato non soltanto un mutamento sul numero e sulle dimensioni delle banche italiane, ma anche un'importante modifica dell'attività di vigilanza, sia sul piano regolamentare sia su quello delle prassi operative dei controlli: infatti da un modello incentrato su vincoli prevalentemente di tipo strutturale si è passati a un approccio prudenziale diretto a dare maggior valore all'analisi dei singoli profili di rischio, pur senza limitare affatto l'autonomia degli imprenditori bancari, sempre più orientata al mercato.

---

[23] Così A. TROISI, *Commento all'art. 151*, cit., 2767.

[24] Cfr. D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla «neutralizzazione» dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, cit., 185 ss.

[25] Sul punto si veda F. CAPRIGLIONE, *La ristrutturazione in spa degli enti pubblici creditizi "residui". Il caso Monte dei Paschi di Siena*, in *Riv. soc.*, n. 1/1995, 66 ss.

[26] Per un approfondimento sul punto si vedano M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969, 83 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 12 ss.; A.M. TARANTOLA, *Dalla proprietà pubblica a quella privata: concorrenza ed efficienza del sistema bancario italiano*, cit.

ISSN 2036-7821

4. L'Istituto per il Credito Sportivo come unica banca pubblica residua

Quanto stabilito nell'art. 151 del TUB rappresenta una disciplina di carattere residuale applicabile all'Istituto per il Credito Sportivo (anche ICS), banca pubblica dell'ordinamento finanziario italiano che è stata sottoposta a partire dal 2017 ad una procedura di amministrazione straordinaria a causa di alcune criticità legate alla *governance* aziendale.

L'Istituto per il Credito Sportivo nasce in qualità di ente di diritto pubblico con personalità giuridica e gestione autonoma con la legge n.1295 del 24 dicembre 1957; la stessa legge conferì di diritto all'Istituto le operazioni creditizie in carico alla Banca Nazionale del Lavoro per l'attuazione di una gestione speciale del credito sportivo, trasferendogli i diritti, i privilegi e le facoltà spettanti alla BNL circa tali operazioni. Inizialmente l'operatività dell'ICS è stata limitata al finanziamento di tutto ciò che era collegato all'attività sportiva con finalità di sostegno della funzione economica e sociale. La scelta di dare un fondamento pubblicistico all'ICS è derivata infatti dall'esigenza di bilanciare i canoni e i principi dell'attività bancaria svolta dall'ente con la qualificazione pubblica dei clienti/destinatari degli stessi[27].

L'operatività sul mercato finanziario dell'Istituto è quella di un'azienda pubblica *"di tipo captive"* dato che tutte le funzioni di credito poste in essere sono dirette a soggetti quali le Federazioni, le Società sportive, le Associazioni culturali e Regioni, Comuni e Province. L'ICS viene qualificato orami pacificamente in dottrina e come si vedrà anche in giurisprudenza come "ente di diritto pubblico con gestione autonoma" sia da un punto di vista formale e giuridico, in quanto regolato dalle norme del Testo Unico bancario e dalle disposizioni contenute nello statuto interno, sia da un punto di vista prettamente economico-finanziario, dato che le risorse patrimoniali usate da questa banca per la copertura di tutti i rischi connessi all'ordinaria attività creditizia posta in essere e, dunque, la struttura del capitale in particolare si compone di quote di partecipazione detenute in prevalenza dal Ministero dell'Economia e delle Finanze[28] e da vari soggetti bancari che in origine operavano in qualità di istituti di credito di diritto pubblico[29].

L'assetto organizzativo e funzionale dell'ICS è stato ampliato a seguito dell'introduzione dello Statuto nel 2005 che ha provveduto ad individuare ulteriori finalità che hanno reso più efficienti le attività creditizie e finanziarie condotte dall'ente, prevalentemente nel settore dello sport. Al di là della originaria

[27] Come ad esempio le strutture ricreative dedicate allo svolgimento dell'attività sportiva; si veda A. SULLO, *L'intervento pubblico nel settore del credito con particolare riferimento al credito sportivo*, in Nuova rass., 22/1976, 66 ss.

[28] Circa l'80%; cfr. F. CAPRIGLIONE, *L'impresa bancaria tra controllo e autonomia*, Milano, 1983, 47 ss.

[29] Erano istituti di credito di diritto pubblico il Banco di Sicilia, il Banco di Napoli, la Banca Nazionale del Lavoro, l'Istituto Bancario San Paolo di Torino, il Monte dei Paschi di Siena e il Banco di Sardegna; essi avevano, per definizione del legislatore, natura pubblicistica e personalità giuridica di diritto pubblico; cfr. P.M. CAISSOTTI DI CHIUSANO, *L'attività bancaria nel contesto di gruppo industriale. Il concetto di banca captive*, in *Bancaria*, n. 2/1994, 75 ss.

ISSN 2036-7821

propensione per il finanziamento delle iniziative sportive infatti, la sfera di interesse è stata estesa alla realizzazione di progetti sociali e culturali, operazioni dirette *"all'acquisto, alla costruzione, alla ristrutturazione e al miglioramento di luoghi ed immobili utilizzati per fini ricreativi ed intellettuali"*[30].

Con il successivo Statuto approvato con Decreto Interministeriale 24 gennaio 2014, registrato alla Corte dei Conti il 17 marzo 2014 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 19 aprile 2014 sono stati poi modificati parzialmente i principi alla base del rapporto tra l'Istituto e le varie istituzioni governative italiane con un maggior coinvolgimento, rispetto al passato[31], della figura del Presidente del Consiglio dei Ministri che nomina il Presidente del Consiglio di Amministrazione, sentito il Ministro con delega ai Beni e alle Attività Culturali, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze[32].

L'ingerenza pubblica sulla struttura organizzativa di tale Istituto ha consentito alle autorità di governo di indirizzarne tutte le decisioni operative e strategiche e l'esempio è la nomina dei membri del CdA, subordinata, oltre che al gradimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze, anche alla determinazione di Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. e del CONI. Così come accade per tale tipologia di nomina, la presenza dell'intervento degli organi di governo vi è anche nelle attività di nomina del Collegio sindacale i cui membri sono passati da cinque a tre con l'emanazione dello Statuto del 2014 e che compete alla volontà del Ministero dell'Economia e delle Finanze il quale nomina il Presidente[33].

Si tratterebbe dunque di un'istituzione finanziaria che, in base alle caratteristiche appena descritte (e anche sulla scorta di quanto affermato al comma 2, dell'art. 1 del suo Statuto, secondo il quale *"2. L'Istituto, banca pubblica ai sensi e per gli effetti dell'articolo 151 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, è Ente di diritto pubblico con gestione autonoma"*), seppur fondata su logiche operative proprie dei soggetti creditizi privati, si discosta di gran lunga da questi ultimi sotto vari aspetti mantenendo costante la finalità di garantire un contemperamento tra la realizzazione di un'elevata efficienza aziendale e la rilevanza pubblica dell'attività creditizia svolta dall'Istituto stesso.

---

30 Così A. TROISI, *Commento all'art. 151*, cit., 2767.

31 Nello Statuto del 2005 si faceva per lo più riferimento a determinazioni ministeriali; cfr. A. SULLO, *L'intervento pubblico nel settore del credito con particolare riferimento al credito sportivo*, cit. 71 ss.

32 Con decreto proprio o dell'Autorità di Governo con delega allo sport; cfr. G. GUZZARDI, *Tutela del credito nell'ordinamento sportivo e crisi pandemica*, in *Contratti*, n.1/2022, 83 ss.

33 Si vedano L. DI NELLA, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, in *Riv. dir. sport.*, 2000, 60 ss.; T. MAUCERI, *Sui rapporti tra giustizia sportiva e ordinamento statale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 595 ss.

ISSN 2036-7821

5. Le recenti pronunce sul caso ICS: il requisito teleologico e qualificazione come "organismo di diritto pubblico"

L'Istituto per il Credito Sportivo è stato definito come banca pubblica all'art. 1 del suo Statuto che fa esplicito riferimento all'art. 151 del TUB relativo alle "Banche pubbliche residue". Nel corso degli anni però, e soprattutto di recente, non sono mancate pronunce giurisprudenziali che hanno interessato l'Istituto e che si sono interrogate sulla qualifica dello stesso come "organismo di diritto pubblico", analizzando, al di là dei profili prettamente finanziari e ascrivibili all'operatività bancaria, anche aspetti più prettamente amministrativi collegati alle finalità dell'attività posta in essere ed in particolare al c.d. requisito teleologico della stessa[34].

Da ultimo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 974 depositata il 16 gennaio 2023, hanno infatti definitivamente affermato che l'ICS deve essere qualificato come "organismo di diritto pubblico", soggetto dunque alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Secondo il ragionamento della Corte ciò "*non solo e non tanto in quanto già configurato come "ente di diritto pubblico" dalla legge istitutiva e dallo Statuto ma anche e soprattutto sulla base di un'interpretazione funzionale ed estensiva del requisito teleologico […]*"[35], ossia la tutela dell'interesse generale. La sua natura di banca, anche pubblica, non stride affatto col fatto che l'ICS sia stato creato per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale "*aventi carattere non industriale o commerciale*".

Il caso riguardava l'affidamento dei servizi di revisione legale per il periodo 2020-2028 per il quale viene dunque confermata la precedente decisione della Sezione V del Consiglio di Stato (la sentenza n. 6272 del 13 settembre 2021) che aveva ritenuto determinante la missione pubblica dell'Istituto. Nello specifico la controversia trae origine da una procedura informale avviata dall'Istituto per l'affidamento dei servizi di revisione legale, da aggiudicarsi, ad opera del Consiglio di Amministrazione, previa valutazione tecnico-economica delle offerte ricevute da parte del Collegio dei Sindaci, su preferenza espressa da quest'ultimo in merito al possibile aggiudicatario. Il servizio veniva aggiudicato all'operatore che aveva assunto il secondo posto in graduatoria. Avverso tale decisione, l'impresa la cui offerta aveva conseguito il punteggio complessivo maggiore proponeva ricorso dinanzi al TAR Lazio dichiarando che l'ICS, essendo un "organismo di diritto pubblico" avrebbe dovuto dare applicazione, nella procedura di affidamento espletata, alla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici[36].

---

[34] Cfr. Cons. St., Sez. V, 10 maggio 2021, n. 3621; per osservazioni critiche cfr. A. BOTTO, *Le infinite sfumature del reale nell'evoluzione dell'approccio per l'individuazione dell'ODP*, in *Riv. Trim. App.*, n. 2/2021, 511 ss.

[35] Così Corte di Cass., Sez. Un., ordinanza 13 gennaio 2023, n. 974.

[36] Si vedano I. PICARDI, V. TEODOSIO, *La nozione di "organismo di diritto pubblico" alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, in www.appaltiecontratti.it, 2021; L.R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2003, 96 ss.

ISSN 2036-7821

L'attenzione dei vari giudici (sia di primo grado, che dei gradi successivi) si è incentrata sulla corretta individuazione della natura dell'Istituto per il Credito Sportivo, al fine di affermare preliminarmente la giurisdizione del giudice amministrativo, sulla scorta del combinato disposto degli artt. 7 e 133 C.p.a. e la successiva sottoposizione dell'attività contrattuale dell'Istituto alle regole dell'evidenza pubblica. Sia i giudici del TAR, che quelli del Consiglio di Stato (e dunque in ultimo la Cassazione), seppur giungendo a conclusioni diverse, muovono da una ricostruzione sintetica dell'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale con riguardo alla nozione di "organismo di diritto pubblico", derivante dalla disciplina europea dei contratti pubblici e ispirata alle esigenze di tutela della concorrenza[37].

Nel contesto normativo attuale, l'art. 3, lett. d), D.lgs. n. 50/2016 statuisce che per la configurazione di un organismo di diritto pubblico devono sussistere i seguenti indici di identificazione: *in primis*, il soggetto deve soddisfare esigenze di interesse generale, di carattere non industriale o commerciale (c.d. requisito teleologico); deve essere dotato di personalità giuridica (c.d. requisito personalistico); infine la sua attività deve essere finanziata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico in modo maggioritario o la sua gestione deve essere soggetta al controllo di questi ultimi o, ancora, il suo organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza deve essere costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (c.d. requisito dell'influenza dominante). Requisiti che, al fine della configurazione di un organismo di diritto pubblico, devono sussistere cumulativamente[38].

L'elemento più difficile da accertare è di gran lunga il c.d. requisito teleologico, secondo il quale l'ente deve essere istituito per il soddisfacimento di "*esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*"[39], e che ha dato luogo ad un ampio dibattito giurisprudenziale. In ciò dunque l'attività dell'ente deve rispondere ad un interesse primario della collettività[40].

---

[37] Cfr. D. CAPOTORTO, *Poste Italiane organismo di diritto pubblico? Il conflitto interpretativo torna a Lussemburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2019, 631 ss. La Corte di giustizia e il legislatore dell'Unione hanno inteso escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare, nell'affidamento di contratti pubblici, da considerazioni diverse da quelle economiche, eludendo l'obbligo di gara; cfr. da ultimo CGUE, sez. V, 5 ottobre 2017, causa C-567/15; dal punto di vista nazionale si veda Cons. St., sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7031.

[38] Si vedano L.R. PERFETTI, A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico, e rischio di impresa. Variazioni su Corte di Giustizia delle Comunità europee, sez. V, 22 maggio 2003, C-18/01*, in *Dir. amm.*, 2004, 63 ss.; M. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Servizi pubblici ed essenziali*, n.1/2004, 74 ss.

[39] Cfr. R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Milano, 2005, p. 18

[40] Cfr. Corte di giustizia CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96 BFI Holding.

ISSN 2036-7821

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, la valutazione delle esigenze che l'ente punta a soddisfare *"deve essere operata tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita le attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività, nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi"*[41].

Ciò è stato ripreso anche dalla giurisprudenza nazionale che ha, a sua volta, chiarito che deve ritenersi ostativo al riconoscimento del c.d. elemento teleologico *"la gestione secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell'imprenditore privato e l'assunzione del rischio di impresa"*[42].

Sul punto nel primo grado del giudizio, il TAR ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione, in quanto secondo il giudice di prime cure l'Istituto per il Credito Sportivo non poteva configurarsi come organismo di diritto pubblico.

Secondo il TAR, infatti, il richiamo all'art. 151 del TUB operato dallo Statuto dell'ICS *"includerebbe quest'ultimo nel campo di applicazione dello stesso Testo Unico, escludendone così la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico, consistendo l'attività bancaria, disciplinata dal d.lgs. n. 385/199, nella raccolta del risparmio fra il pubblico e nell'esercizio del credito, ed avendo pertanto carattere di impresa"*[43]. Ciò che induce ad escludere la natura pubblicistica dell'Istituto dal punto di vista dell'attività contrattuale, sarebbe per il TAR l'accettazione del rischio d'impresa, dato che l'ICS opera come un qualsiasi istituto bancario, di proprietà pubblica o privata, in regime concorrenziale, senza poter godere di privilegi pubblicistici e accettando il metodo economico nella gestione e nell'impiego del risparmio, essendo assoggettato alle regole del mercato come qualunque impresa operante nel settore bancario[44].

La situazione è stata ribaltata in appello dal Consiglio di Stato che ha riconosciuto in capo all'Istituto per il Credito Sportivo la natura di organismo di diritto pubblico sulla base del ragionamento secondo il quale la caratterizzazione segnata dai compiti

---

[41] Così Corte di giustizia UE, sez. IV, 5 ottobre 2017, n. C-567/15.

[42] Così Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5930.

[43] Così TAR Lazio, Sez. I-*quater*, 20 maggio 2020, n. 5336; nel ragionamento dei giudici amministrativi lo svolgimento dell'attività secondo un metodo economico e con assunzione del relativo rischio assumerebbe carattere decisivo ai fini della configurazione dell'organismo di diritto pubblico: esso, infatti, *"si distingue da qualsiasi altro soggetto operante nella contrattualistica pubblica non tanto in ragione delle finalità che persegue, che possono essere di interesse generale anche indipendentemente dalla configurabilità dell'organismo di diritto pubblico, quanto per il perseguimento di tali finalità operando con metodo non economico, essendo esente dal rischio di impresa"*.

[44] La nozione di organismo di diritto pubblico deve potersi inferire (conclude il TAR) in relazione all'ente inteso in senso *"unitario e nel suo complesso"* e, pertanto, non può *"essere predicata e attribuita solo con riferimento a quella parte dell'attività dell'ente che sia finanziata con fondi pubblici"*; cfr. Cons. St., Comm. Sp., 2427/18.

ISSN 2036-7821

attribuiti all'organismo[45] risulta preminente sulle modalità di svolgimento dell'attività[46].

Secondo il Consiglio di Stato e la Corte Suprema di Cassazione, il dato letterale dell'art. 3, comma 1, lett. d) del D.lgs. n. 50/2016, ritiene sussistente il "requisito teologico" qualora l'organismo sia stato *"istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale"*[47] e dunque se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente alla categoria allargata della pubblica amministrazione, al fine di dare esecuzione ad un servizio che è necessario, in quanto strettamente connesso alla finalità pubblica dello stesso[48].

Alla stregua di vari principi enunciati, il Consiglio di Stato ha ritenuto non condivisibile la sentenza del TAR Lazio ed ha ascritto l'ICS al novero degli organismi di diritto pubblico.

È possibile dunque affermare che sia i giudici di appello che gli Ermellini per giungere a tale conclusione hanno valorizzato alcuni elementi diretti per lo più a dimostrare l'istituzione dell'ente per il soddisfacimento di bisogni di pubblico interesse; si tratta ad esempio dell'attribuzione all'ICS direttamente da parte della legge istitutiva dello svolgimento di un servizio pubblico, consistente nell'esercizio del credito nel settore culturale e dello sport o del fatto che non è possibile ritenere che l'attività dell'ICS persegua finalità di lucro, in quanto solo una quota degli utili netti realizzati ogni anno viene assegnata come dividendo ai partecipanti al capitale e fra le attività svolte rientra la gestione e l'amministrazione dei c.d. Fondi Speciali di titolarità dello Stato, a cui l'ICS provvede "a titolo gratuito". L'intervento diffuso dei pubblici poteri nella gestione e nel finanziamento dell'ente porta infine ad escludere che la sua attività possa implicare l'assunzione del rischio di mercato così come accade per l'imprenditore privato[49].

In conclusione, nel percorso motivazionale dei giudici del Consiglio di Stato tali aspetti pongono l'ICS al di fuori dei meccanismi concorrenziali del settore creditizio, facendo propendere per la sua qualificazione come "organismo di diritto pubblico", in quanto esso "*non svolge mera ed ordinaria attività bancaria e creditizia,*

---

[45] Le *"esigenze di interesse generale"*.

[46] *"Carattere non industriale o commerciale"*; cfr. I. PICARDI, V. TEODOSIO, *La nozione di "organismo di diritto pubblico" alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, cit.

[47] Cfr. Cons. St., Sez. V, 13 settembre 2021, n. 6272.

[48] Dalle considerazioni che precedono consegue che, per un verso, l'esistenza di un regime di concorrenza nel mercato entro cui opera un ente, istituito da un soggetto pubblico per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, non è di per sé idoneo ad escludere la sussistenza del "requisito teleologico" in esame; per l'altro, la qualificazione di un ente come "organismo di diritto pubblico" deve fondarsi su un'interpretazione "funzionale" e sulla sua essenza di "strumentalità" rispetto ad esigenze di interesse generale.

[49] Si vedano per un approfondimento P. SCHLESINGER, *Procedure di trasferimento del controllo di s.p.a. in mano pubblica e contenuti del contratto di cessione*, in *Problemi giuridici delle privatizzazioni*, Milano, 1994, 75 ss.; F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 1/2013, 41-89.

ISSN 2036-7821

bensì attività 'strumentale' e 'funzionale' alla realizzazione di bisogni di interesse generale della collettività, mediante interventi di sostegno economico-finanziario preordinati alla diffusione e promozione dello sport e della cultura". Ne deriva che l'ICS "*non fonda la propria attività principale esclusivamente su criteri di rendimento, efficacia e redditività e non assume su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività, i quali ricadono invece sulle amministrazioni controllanti, per modo che il servizio d'interesse generale, oggetto dell'attività istituzionalmente esercitata dall'ICS non può dallo stesso essere rifiutato per ragioni di convenienza economica*"[50].

6. Considerazioni conclusive: quali prospettive future?

Le recentissime pronunce sul caso ICS forniscono una lettura dell'art. 3, comma 1, lett. *d)* del Codice dei contratti pubblici e in particolare del c.d. requisito teleologico, per il quale assumono rilevanza i compiti attribuiti all'ente più che le modalità con cui vengono svolte effettivamente le attività; proprio il fatto che il soggetto operi in un mercato concorrenziale rappresenta solo un indizio del fatto che l'attività sia posta in essere per il conseguimento di un lucro e "*non le fa perdere la connotazione pubblicistica quando attua un compito proprio di una pubblica amministrazione*"[51].

Sulla base di ciò, tale interpretazione, presupponendo che nella definizione della natura dei soggetti si debba fare affidamento *in primis* sulle finalità di interesse generale perseguite, appare sì coerente con la *ratio* istitutiva dell'organismo di diritto pubblico (diretta a garantire la tutela della concorrenza, estendendo le regole dell'evidenza pubblica a tutti quei soggetti che, anche se aventi forma privatistica, agiscono in concreto come enti pubblici) ma amplia in maniera notevole l'ambito di operatività della figura giuridica analizzata[52]. Tutto ciò, a parere dell'autore, non esula da possibili problematiche applicative che potrebbero sorgere non solo a carico dei singoli enti, che sottostanno a regimi limitativi della loro libertà negoziale in relazione all'attività che svolgono sul mercato, ma anche in relazione all'intero mercato medesimo che si vede sopraffatto dalla concorrenza di organismi sottratti alle leggi e alla regolamentazione imprenditoriale ordinaria.

Tanto premesso occorrerà dunque verificare se l'orientamento confermato dalla Cassazione con l'ordinanza n. 974/2023 in merito all'individuazione del c.d. requisito teleologico (che configura dunque l'ICS come organismo di diritto pubblico e ne definisce implicitamente la compatibilità con la definizione esplicita dello stesso come "*unica banca pubblica esistente ai sensi e per gli effetti dell'art. 151 TUB*")

[50] Così Cons. St., Sez. V, 13 settembre 2021, n. 6272.

[51] Così Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 964; cfr. R. POSNER, *The Effects of Deregulation on Competition: The Experience of The United States*, in *Fordham International Law J.*, n. 23/2000, 7 ss.; A. ARGENTATI, *I salvataggi di banche italiane e l'«Antitrust» europeo*, in *Mercato conc. reg.*, 1/2016, 107 ss.

[52] Cfr. I. PICARDI, V. TEODOSIO, *La nozione di "organismo di diritto pubblico" alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa*, cit.

ISSN 2036-7821

continuerà a consolidarsi nei termini appena visti o se, invece, interverranno successivi approfondimenti ed elaborazioni, anche alla luce della cospicua casistica che la materia propone e in vista dell'eventuale trasformazione (ancora da attuare) prevista con la Legge di Bilancio 2023 dell'Istituto per il Credito Sportivo in società per azioni di diritto singolare (denominata "Istituto per il credito sportivo e culturale S.p.a.") che, se costituita, succederà nei rapporti attivi e passivi, nonché nei diritti e negli obblighi dell'Istituto medesimo esistenti alla data di efficacia della trasformazione[53].

A conclusione, pertanto, di quanto fin qui delineato è possibile trarre un'ulteriore e più generica considerazione: le fondamenta dell'ordinamento amministrativo bancario non dipendono tanto da un'eventuale qualificazione giuridica dell'attività in termini di servizio pubblico oppure dalla eventuale pubblicizzazione finanziaria o proprietaria degli istituti di credito, "*perché la relativa distinzione, basata su un approccio materialistico, ha perso di rilevanza a causa dell'inevitabile «temporalità» della relativa qualificazione*"[54]. Semmai, quel che rileva, è il fine di garantire una stabile erogazione del credito all'economia reale, tramite un sistema che, al di là dalla natura giuridica pubblica o privata, deve essere regolato ed eventualmente corretto dai pubblici poteri per attuare un corretto soddisfacimento di tutte le finalità pubblicistiche[55].

[53] Si veda Legge 29/12/2022, n. 197, "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025", pubblicata nella Gazz. Uff. 29 dicembre 2022, n. 303, art. 1, comma 619.

[54] Così G. BEFANI, *L'evoluzione pubblicistica del governo delle banche tra Stato e mercato*, in *P.A.*, n. 2/2018, 471.

[55] Cfr. G. M. CARUSO, *Caratteri evolutivi del criterio dell'investitore di mercato. La contrapposizione fra Stato azionista e Stato autorità negli incerti parametri europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1/2014, 113 ss.; R. THALER, *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*, New York, 2015, 83 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi riflessioni sulla discrezionalità nel procedimento di acquisto della cittadinanza per naturalizzazione e sul ruolo del Giudice Amministrativo quale presidio rispetto ad un corretto esercizio del potere

di Francesco Muzj

(Dottore di Ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali –

Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa. - 2. La disciplina delle modalità di acquisto della cittadinanza italiana nella L. 91/1992. - 3. L'ampia discrezionalità dell'Amministrazione nel procedimento di concessione della cittadinanza per naturalizzazione tra dato normativo ed interpretazione giurisprudenziale. - 4. Un recente esempio del ruolo del giudice amministrativo quale presidio rispetto ad un uso arbitrario ed irragionevole del potere. - 5. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

After framing, within the different legal channels of citizenship acquisition, the so-called 'naturalization procedure', the study focuses on the extent of the discretionary power granted to the Public Administration in order to express some brief considerations on the relationship between this wide discretionality and the possibilities of foreigners to satisfy their legitimate aspiration to become Italian citizens, as well as on the role played by the Administrative Judge as a safeguard against an illegitimate use of power.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Sin dall'antichità il tema della cittadinanza[1] si lega a doppio filo con il riconoscimento, in capo al soggetto che formalmente è provvisto di tale stato, di una serie di diritti e di doveri[2]. Tale intreccio, tuttavia, ha certamente subito un notevole temperamento nel corso degli ultimi decenni. In particolare, il fatto di vincolare alcuni diritti fondamentali allo *status* di cittadino è stato correttamente interpretato come una violazione del principio di uguaglianza, producendo il progressivo riconoscimento di un considerevole numero di diritti, tradizionalmente connessi allo *status civitatis*, anche in capo agli stranieri[3].

Proprio tale circostanza, frutto della progressiva influenza in materia tanto dei principi sanciti dalla Costituzione italiana, quanto dalle regole introdotte a livello sovranazionale[4], ha così in parte circoscritto la rilevanza, ed in parte prodotto una trasformazione, della nozione di cittadinanza[5]: si pensi ad esempio, con riguardo alla

---

[1] Sulla nozione di cittadinanza, si segnalano, senza pretesa di esaustività, R. QUADRI, voce *Cittadinanza*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. III, Torino, 1959, pp. 307 ss.; G. BISCOTTINI, voce *Cittadinanza*, in *Enc. dir.*, vol. VII, 1960, pp. 140 ss.; C. ROMANELLI GRIMALDI, voce *Cittadinanza*, in *Enc. giur.*, vol. III, 1988, pp. 1 ss.; R. CLERICI, voce *Cittadinanza*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. III, 1989, pp. 112 ss.; D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1999; C. AMIRANTE, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enc. dir. Aggiornamento XI*, vol. VI, Roma, 2003, pp. 1 ss.; P. MINDUS, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, Firenze University Press, 2014; M. SAVINO (a cura di), *Oltre lo ius soli: la cittadinanza italiana in una prospettiva comparata*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014; A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quad. cost.*, II, 2015, pp. 303 ss.

[2] A titolo meramente esemplificativo delle radici antichissime della distinzione tra cittadini e stranieri, valgano le parole di A GUARINO, *Diritto privato Romano*, Napoli, Jovene, Ed. XII, che così spiega: «Il requisito della cittadinanza romana comportava che, per essere soggetti giuridici, si appartenesse alla categoria dei *cives Romani*, cioè non si fosse stranieri ("*peregrini*"). L'esigenza era di fondamentale importanza nell'età arcaica e lo rimase, quanto al *ius publicum*, anche nel periodo della *respublica* nazionale» (pp. 276-277). Sull'evoluzione nel corso della storia della nozione giuridica di cittadinanza si v. F. DEGNI, *Della cittadinanza*, Napoli, Marghieri, 1921.

[3] Per una ricognizione della dottrina che si è espressa sul tema, si v. E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, il Mulino, Bologna, 2013; S. D'ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017; C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, III, 2014, pp. 1 ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997; A. PATRONI GRIFFI, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Cedam, Padova, 1999, pp. 345 ss.; M. GNES, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 4681 ss.; G. BRUNELLI, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'eguaglianza*, in *Le istituzioni del federalismo*, V, 2008, pp. 554 ss.; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in *Annuario 2009 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Lo statuto costituzionale del non cittadino* (Atti del XXIV Convegno annuale, Cagliari, 16-17 ottobre, 2009), Napoli, 2010, pp. 163 ss.

[4] Sul punto si v. T. DE PASQUALE, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto «europeizzato» di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanze nazionali degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, III-IV, 2012, pp. 445 ss.; F. SAVASTANO, *L'opportunità di un modello comune per l'acquisizione della cittadinanza europea*, in *Diritto e Società*, IV, 2018, pp. 655 ss.

[5] Cfr. D. BOLOGNINO, *Le nuove frontiere della cittadinanza nel confronto tra "cittadinanza legale" e "cittadinanza sociale": verso una riforma della legge 5 febbraio 1992, n. 91*, in *Rassegna Astrid*, XX, 2009.

ISSN 2036-7821

rilevanza della distinzione tra cittadini e stranieri, al riconoscimento in capo ai titolari di 'Permesso di soggiorno U.E. per soggiornanti di lungo periodo' del diritto di «usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, di quelle relative ad erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale», e «di quelle relative all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, compreso l'accesso alla procedura per l'ottenimento di alloggi di edilizia residenziale pubblica»[6]; con riguardo al mutamento della nozione di cittadinanza, invece, alla progressiva diffusione di concetti anche molto distanti dalla tradizionale concezione della stessa, quali quelli di 'cittadinanza universale'[7] o di 'cittadinanza amministrativa'[8].

Nonostante ciò, la tradizionale accezione in termini nazionali della cittadinanza, ed il suo essere fonte di diritti e di doveri in capo a chi possiede tale *status*, conserva tutt'oggi notevole importanza sotto svariati aspetti. Non solo, come immediatamente potrebbe venire alla mente, in termini di pienezza dei diritti politici[9], ma anche con riguardo ad una serie di specifiche discipline normative che, talvolta in modo più marginale, talaltra in modo più marcato, limitano di fatto le scelte e le possibilità di vita degli stranieri residenti in Italia[10].

Ciò spiega, dunque, per quali ragioni costoro possano nutrire una legittima aspirazione a diventare, tramite l'acquisto della cittadinanza, membri a pieno titolo della comunità nazionale[11]. Non sembra, però, che il legislatore italiano abbia inteso facilitare in alcun modo tale aspirazione.

Come osservato in dottrina, in particolare per ciò che concerne la cd. procedura di acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, le «difficoltà di diventare cittadini tramite la residenza rientrano nel regime "familistico" di cittadinanza che prevale in

---

[6] Art. 9, co 12, lett. c), del D.Lgs. 286/1998.

[7] Cfr. L. FERRAJOLI, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, IX, 1993, pp. 63 ss.; ID, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263 ss.

[8] Sulla nozione di cittadinanza amministrativa, si rinvia a A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, Firenze University Press, 2016; S. PELLIZZARI, *La cittadinanza amministrativa tra diritto europeo e diritto nazionale*, in F. CORTESE, G. SANTUCCI, A. SIMONATI (a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014, pp. 127 ss.

[9] Cfr. G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1992, p. 112, secondo cui «due sono i principi ispiratori che reggono la condizione giuridica dello straniero. Da un lato, la valorizzazione e la garanzia delle sue libertà e dei suoi diritti, quali risultano determinati sia dalla Costituzione […] sia da altre fonti proprie dell'ordinamento internazionale. Dall'altro, l'estraneità di tali soggetti all'ordinamento politico giuridico nel cui ambito quella "condizione" deve essere determinata e regolata, postula la presenza e persistenza, nei confronti di questa, di limiti fondati su un principio istituzionale di conservazione della sovranità dello Stato di soggiorno». Sul punto si v. anche: E. GROSSO, voce *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubb.*, XV, 1999, pp. 160 ss.

[10] Cfr. C. CORSI, *Ius migrandi, sovranità statale e cittadinanza,* in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, discriminazione*, Giappichelli, Torino, 2015;

[11] Tra i più recenti contributi, a riprova della perdurante attualità del tema, si segnalano: S. STROZZA, C. CONTI, E. TUCCI (a cura di), *Nuovi cittadini. Diventare italiani nell'era della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2021; F. DANDOLO, F. SBRANA, *La sfida della cittadinanza fra cronaca e storia*, in Rivista giuridica del Mezzogiorno, III, 2022.

ISSN 2036-7821

Italia. Rispetto alla precedente legge del 1912, quella del 1992 ha raddoppiato gli anni di permanenza legale necessari per fare domanda, mentre ha ampliato i canali per il riconoscimento e il recupero della cittadinanza da parte di discendenti di emigranti italiani»[12]. Se a ciò si aggiunge la ormai definitiva trasformazione dell'Italia da Paese di emigrazione in Paese di immigrazione, si potrebbe addirittura giungere ad affermare che l'attuale configurazione normativa dei canali di accesso alla cittadinanza italiana sia contrassegnata da un vero e proprio scollamento tra 'diritto' e 'fatto'[13].

Non può infine sottovalutarsi come il tema delle modalità di acquisto della cittadinanza abbia tradizionalmente costituito, proprio per le implicazioni ad esso connesse, terreno di scontro anche (se non soprattutto) dal punto di vista politico, ciò avendo determinato il sostanziale fallimento delle proposte di legge volte a modificare in senso più favorevole per lo straniero l'attuale impianto normativo[14].

Alla luce delle considerazioni appena espresse, il presente contributo si propone di approfondire l'attuale disciplina normativa dell'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, ed in particolare il tema delle possibilità di tutela previste dall'ordinamento rispetto alla legittima aspirazione dello straniero ad ottenere lo *status* di cittadino italiano. Se infatti è opinione largamente condivisa che in tale fattispecie il legislatore abbia inteso concedere ampia discrezionalità alla P.A.[15], il problema che si pone è quello di stabilire quale margine questa possa avere nel decidere sulle relative richieste, e quali siano, a fronte di tale ampio potere, gli spazi del sindacato giurisdizionale sull'esercizio dello stesso[16].

---

[12] Così F. OLIVERI, *Cittadini mancati. La concessione della cittadinanza italiana come dispositivo governamentale*, in *Studi sulla questione criminale*, I-II, 2014, pp. 99 ss., p. 103. Sul punto cfr. anche G. ZINCONE (a cura di), *Familismo legale. Come (non) diventare italiani*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

[13] Cfr. M.C. LOCCHI, *Lo ius soli nel dibattito pubblico italiano*, in *Quaderni costituzionali*, II, 2014; V. VOLPE, *Italia*, in M. SAVINO (a cura di), *Oltre lo ius soli. La cittadinanza italiana in prospettiva comparata*, Napoli, Ed. Scientifica, 2014, pp. 35 ss., la quale evidenzia che, dopo «decenni di emigrazione italiana nel mondo, che hanno visto oltre ventisei milioni di connazionali lasciare il paese tra il 1871 e il 1970, dagli anni Settanta del secolo scorso il saldo migratorio del paese segna un'inversione di tendenza: l'Italia diviene in pochi anni un paese di immigrazione, registrando un incremento costante nel tempo della popolazione straniera residente» (p. 47).

[14] Sulle proposte di riforma della L. 91/1992, si v. R. RICUCCI, *Cittadini senza cittadinanza. Immigrati, seconde e altre generazioni: pratiche quotidiane tra inclusione ed estraneità. La questione dello «ius soli»*, Torino, SEB27, 2018; V. LIPPOLIS, *Il significato della cittadinanza e le prospettive di riforma della legge n. 91 del 1992*, in *Rassegna parlamentare*, I, 2010, pp. 151 ss.; D. PORENA, *Il travagliato iter della proposta di riforma della legge sulla cittadinanza. Brevi osservazioni sui contenuti del Disegno di legge n. 2092*, in *Federalismi*, XXI, 2017.

[15] In effetti, sebbene molti Autori critichino l'impostazione seguita dal legislatore, sono davvero in pochi coloro che mettono in discussione il riconoscimento in capo all'Amministrazione di un ampio margine di discrezionalità. Tra questi, si segnala in particolare C. CUDIA, *Giurisdizione e cittadinanza: questioni di vocabolario?*, in *Questione Giustizia*, 2021.

[16] Molti di più, invero, sarebbero gli interrogativi cui dare risposta, tra cui «quali sono le caratteristiche del relativo provvedimento di concessione? Quali verifiche esso presuppone? Qual è la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il soggetto che lo richiede? Come dev'essere motivato? Quali sono i limiti che incontra il sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio del relativo potere? In sintesi: qual è il significato dell'attuale

ISSN 2036-7821

Con riguardo alla metodologia che verrà impiegata per compiere tale indagine, si aderirà in pieno a quell'insegnamento secondo cui, nel fare scienza giuridica, occorre necessariamente operare «sul dato di diritto positivo e sulla relativa giurisprudenza, al fine di ricavare da ciò, con metodo induttivo, una possibile 'innovativa' ricostruzione teorica»[17]. In altre parole «l'indagine [partirà] dalla disciplina giuridica positiva […], [analizzerà] la giurisprudenza che ne offre una lettura concreta, e solo in base a ciò [proverà] ad inferire un assunto teorico attraverso l'uso della logica»[18].
Coerentemente con quanto appena esposto, il presente contributo procederà secondo il seguente percorso argomentativo: dopo aver inquadrato, all'interno delle differenti modalità di acquisto della cittadinanza previste dalla legge, la cd. 'procedura di naturalizzazione'[19], così da evidenziarne la diversità rispetto alle altre ipotesi normative, si provvederà ad individuare, dall'analisi delle fonti normative, l'ampiezza del potere discrezionale di cui è dotata la P.A.. A seguire si esaminerà la giurisprudenza, al fine ultimo di esprimere qualche breve considerazione sul rapporto che intercorre tra tale discrezionalità e le possibilità dello straniero di soddisfare la propria legittima aspirazione a divenire cittadino italiano, nonché sul ruolo esercitato dal G.A. quale presidio rispetto ad un corretto esercizio del potere.

2. *La disciplina delle modalità di acquisto della cittadinanza italiana nella L. 91/1992*
La disciplina nazionale vigente in materia di cittadinanza è costituita dalla L. 91/1992. Alla stregua di questa, acquistano alla nascita la cittadinanza italiana tutti coloro che

consistenza di quel potere amministrativo e di quel sindacato nella relazione tra "persona", "cittadino" e "pubblica amministrazione"?». Così P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e cittadinanza: quale contributo per un concetto giuridicamente sostenibile?*, in *Federalismi.it*, XX, 2018, pp. 1 ss., p. 6. Tuttavia, alcune delle suddette questioni saranno oggetto di analisi solo in punta di penna, e nei limiti in cui esse si presenteranno rilevanti rispetto all'indagine che ci si propone di compiere.

[17] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo,* Napoli, Jovene, 2003, p. 7.

[18] Così ancora G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. ult. cit.*, (pp. 7 ss.). L'A. ritorna specificamente sul tema in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.*, in *Diritto Pubblico*, III, 2016, pp. 1019 ss., ove, dopo aver affermato che i confini dell'oggetto della scienza giuridica sono le norme e la loro concreta applicazione (dunque la legislazione e la giurisprudenza), spiega, quanto al metodo per praticarla, «che quello oggi prevalente [è] basato sulla combinazione di induzione e deduzione. La ricerca della conoscenza, infatti, non può non passare da una costante e progressiva opera di induzione dal 'diritto vivente', la verità in divenire dovendosi inferire dalla giurisprudenza, dagli orientamenti di concreta applicazione delle norme. Ma ciò, evidentemente, non è sufficiente. Se bastasse, il giurista studioso lascerebbe al giudice la elaborazione scientifica, appiattendosi sulle affermazioni di questi e rinunciando al suo compito 'scientifico'. Ed invece è necessario che egli vagli gli assunti derivanti dalla ricognizione della giurisprudenza in modo deduttivo, alla luce, quindi, della teoria generale del diritto, della logica giuridica e dei principi e valori fondamentali dell'ordinamento» (p. 1029).

[19] Sebbene, come evidenziato da F. OLIVERI, *Cittadini mancati. La concessione della cittadinanza italiana come dispositivo governamentale*, *cit.*, il «termine 'naturalizzazione' non figura in nessun testo normativo italiano. I giudici amministrativi lo impiegano per distinguere l'accesso alla cittadinanza per residenza dall'acquisto per matrimonio» (p. 102).

ISSN 2036-7821

hanno almeno un genitore che sia cittadino italiano. Si parla, in questo caso, di acquisto della cittadinanza *jure sanguinis*[20].

Sempre *jure sanguinis*, la cittadinanza italiana è acquisita per riconoscimento della filiazione (da parte del padre o della madre che siano cittadini italiani), oppure a seguito dell'accertamento giudiziale della sussistenza della filiazione. L'acquisto della cittadinanza in questi due ultimi casi è automatico per i figli minorenni[21], mentre i figli maggiorenni conservano la loro cittadinanza, potendo però scegliere la cittadinanza determinata dalla filiazione con un'apposita dichiarazione che deve essere resa entro un anno dal riconoscimento, o dalla dichiarazione giudiziale di filiazione, o dalla dichiarazione di efficacia in Italia del provvedimento straniero nel caso in cui l'accertamento della filiazione sia avvenuto all'estero[22].

Oltre alla cittadinanza acquisita *iure sanguinis*, l'ordinamento italiano prevede anche modi alternativi di acquisto della stessa, stabilendo che possono acquisire la cittadinanza italiana anche: *i*) coloro che nascono nel territorio italiano e i cui genitori siano da considerarsi o ignoti o apolidi[23]; *ii*) coloro che nascono nel territorio italiano e che non possono acquistare la cittadinanza dei genitori perché la legge dello Stato cui questi appartengono esclude che il figlio nato all'estero possa acquisire la loro cittadinanza[24]; *iii*) i figli di ignoti che vengono trovati (a seguito di abbandono) nel territorio italiano e per i quali non può essere dimostrato, da parte di qualunque soggetto interessato, il possesso di un'altra cittadinanza[25].

Inoltre, l'art. 4, co. 2, della L. 91/1992 consente al cittadino straniero nato in Italia e che vi abbia mantenuto costantemente la residenza dalla nascita di chiedere la cittadinanza italiana, entro un anno dal raggiungimento della maggiore età e in deroga ai requisiti ordinariamente richiesti: il termine dell'anno dal raggiungimento della maggiore età è un termine perentorio, scaduto il quale la cittadinanza potrà essere ottenuta dall'interessato solo con il possesso dei requisiti previsti dalle norme ordinarie (limitata applicazione dello *ius soli*)[26].

Proseguendo nella ricognizione, gli artt. da 5 a 8 consentono l'acquisto della cittadinanza anche agli stranieri o agli apolidi che hanno contratto matrimonio con cittadini italiani. In particolare, gli stranieri coniugi di cittadini italiani ottengono la

[20] Art. 1, co. 1, della L. 91/1992.
[21] Art. 2, co. 1, della L. 91/1992.
[22] Art. 2, co. 2, della L. 91/1992.
[23] Art. 1, co. 1, lett. b), della L. 91/1992.
[24] Art. 1, co. 1, lett. b), della L. 91/1992.
[25] Art. 1, co. 2, della L. 91/1992.
[26] Sulla disciplina dello *ius soli*, si v. M. SAVINO, *Quale cittadinanza per l'Italia?*, in M. SAVINO (a cura di), *Oltre lo ius soli. La cittadinanza italiana in prospettiva comparata*, Napoli, Ed. Scientifica, 2014, pp. 4 ss.; C. DOLCHER, *L'acquisto jure sanguinis del diritto di cittadinanza in un contesto di società globale e multietnica*, in *Visioni LatinoAmericane*, III, 2010; E. GROSSO, *Si fa presto a dire «ius soli». Considerazioni sparse sull'acquisto della cittadinanza nel diritto comparato*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, II, 2013, pp. 13 ss.

ISSN 2036-7821

cittadinanza, a seguito di richiesta presentata al Prefetto del luogo di residenza, oppure, se residenti all'estero, all'autorità consolare competente, ricorrendo le condizioni di cui agli artt. 5 e 6, integrate dal cd. "pacchetto sicurezza" di cui alla L. 94/2009, il quale ha previsto, tra l'altro, che la residenza nel territorio della Repubblica dei coniugi deve essere biennale e non più semestrale, specificando che il biennio deve essere successivo al matrimonio. Il termine è invece triennale se la coppia risiede all'estero. Entrambi i termini, tuttavia, sono ridotti della metà in presenza di figli nati dal matrimonio[27].

In via del tutto residuale, e subordinatamente ad una valutazione ampiamente discrezionale della P.A.[28], l'acquisto della cittadinanza può avvenire, infine, per naturalizzazione[29]. In questa ipotesi il requisito fondamentale per conseguire la cittadinanza è il periodo di residenza legale in Italia, il quale deve risultare ininterrotto ed attuale al momento della presentazione della domanda, ed è diverso in funzione del differente *status* degli stranieri richiedenti.

In particolare, possono presentare domanda per ottenere la concessione della cittadinanza italiana per naturalizzazione i cittadini stranieri che si trovano in una delle seguenti condizioni: gli apolidi residenti in Italia da almeno cinque anni (art. 9, co. 1, lett. e)); i maggiorenni adottati da cittadino italiano e residenti in Italia da almeno cinque anni (art. 9, co. 1, lett. b)); gli stranieri che abbiano prestato servizio alle dipendenze dello Stato italiano, anche all'estero, per almeno cinque anni (art. 9, co. 1, lett. c))[30]; infine, gli stranieri che risultano residenti in Italia da almeno dieci anni, se cittadini non appartenenti all'Unione europea, o da almeno quattro anni, se cittadini comunitari (art. 9, co. 1, lett. f) e d))[31].

---

[27] Art. 1, co. 11, della L. 94/2009.

[28] Cfr. P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e cittadinanza: quale contributo per un concetto giuridicamente sostenibile?*,*cit.*, secondo cui, se «la legge 5 febbraio 1992, n. 91 (*Nuove norme sulla cittadinanza*) prevede distinti procedimenti di acquisto della cittadinanza, la maggioranza dei quali connotati da margini d'intervento autoritativo piuttosto ristretti, [nei] procedimenti amministrativi previsti per la concessione della cittadinanza con decreto del Presidente della Repubblica *ex* art. 9, […] la discrezionalità amministrativa si connota per aspetti di particolare ampiezza» (p. 4).

[29] Art. 9 della L. 91/1992.

[30] Salvi i casi previsti dall'art. 4 della legge, nel quale si richiede specificamente l'esistenza di un rapporto di pubblico impiego, si considera che abbia prestato servizio alle dipendenze dello Stato chi sia stato parte di un rapporto di lavoro dipendente con retribuzione a carico del bilancio dello Stato (D.P.R. 572/1993, art. 1, co. 2, lett. c).

[31] Sulla irragionevolezza del diverso termine previsto, valgano le considerazioni espresse da D. PORENA, *L'acquisto dello status civitatis nella legislazione italiana*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *Cittadinanze amministrative*, Firenze, Firenze University Press, 2017, pp. 353 ss.: «In primo luogo, si è detto, la differenziazione delle posizioni tra straniero comunitario e non comunitario non sembra coerente rispetto ad un maggior concreto interesse che il secondo coltiverebbe rispetto all'acquisto della cittadinanza. Il cittadino comunitario, grazie alla titolarità della cittadinanza comunitaria, già disporrebbe infatti di una serie di posizioni tali da rendere in concreto meno appetibile l'acquisto della cittadinanza di un diverso Stato membro. La cittadinanza comunitaria conferisce, ad esempio, il diritto di circolare o soggiornare liberamente nel territorio di tutti gli Stati membri. Ancora, lo stesso esercizio di attività economiche o di taluni diritti politici è già riconosciuto allo straniero comunitario

ISSN 2036-7821

In tali casi, com'è noto, ai fini della concessione della cittadinanza va valutato il periodo di soggiorno in Italia assistito da regolare permesso, con esclusione quindi del periodo in cui lo straniero risulta anagraficamente residente nel paese, ma in assenza di permesso[32]. Si ritiene, inoltre, che il richiedente debba dimostrare di conoscere la lingua italiana[33], di avere redditi sufficienti al suo sostentamento, nonché di avere una 'condotta irreprensibile'. Ed è proprio su tale ultimo requisito, e sui margini rimessi alla P.A. nella valutazione dello stesso, che ci si soffermerà nei paragrafi successivi.

3. *L'ampia discrezionalità della P.A. nel procedimento di concessione della cittadinanza per naturalizzazione tra dato normativo e interpretazione giurisprudenziale*

Come si è detto, è opinione generalmente condivisa che l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione sia soggetto ad una valutazione ampiamente discrezionale. Tocca dunque adesso esaminare nello specifico da quali fonti si ricavi tale ampio potere di scelta, e quali limiti possano configurarsi in capo alla P.A.

In tal senso, occorre anzitutto ricordare che la L. 91/1992 non specifica né i criteri, né i motivi ostativi rispetto ai quali il Ministero deve valutare se concedere o meno la cittadinanza agli stranieri residenti legalmente nel territorio italiano per il periodo indicato dalla legge, limitandosi ad affermare che la «cittadinanza italiana può essere concessa con decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno»[34]. In concreto essi sono stati desunti in parte dal Regolamento sulla procedura (D.P.R. 18 aprile 1994, n. 362), ed in parte dal Decreto del Ministro dell'Interno del 22 novembre 1994, i quali indicano, tra i documenti che devono essere prodotti dal richiedente, la dichiarazione dei redditi degli ultimi tre anni, il certificato del casellario giudiziale e il certificato dei carichi pendenti.

Ma, se da tali elementi è stato ricavato che ai fini dell'acquisto della cittadinanza è richiesto il possesso (oltre che di una continuata residenza legale e del certificato

indipendentemente dall'acquisto da parte dello stesso della cittadinanza italiana. Per quanto detto sarebbe ragionevole ritenere 'secondario' l'interesse dello straniero comunitario all'acquisto della cittadinanza italiana rispetto a quello dello straniero extracomunitario. Tuttavia – e qui la presunta irragionevolezza normativa – il termine di residenza richiesto per la naturalizzazione dello straniero extracomunitario è maggiore rispetto a quello richiesto per l'attribuzione della cittadinanza al cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea. E, per giunta, tale termine risulta raddoppiato nella vigente normativa rispetto alle previsioni contenute nella legislazione del 1912» (p. 361).

[32] Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, n. 799/1999.

[33] Tale requisito, che si risolve in una mera verifica circa il possesso del titolo, è stato introdotto dal D.L. 113/2018, che subordina l'acquisto della cittadinanza italiana per matrimonio (art. 5) e per concessione di legge (art. 9) al possesso da parte dell'interessato di un'adeguata conoscenza della lingua italiana, non inferiore al livello B1 del Quadro Comune Europeo di Rifermento per le Lingue (QCER).

[34] Art. 9, co. 1, della L. 91/1992.

ISSN 2036-7821

linguistico, anche) di un reddito adeguato[35] e di una certa 'irreprensibilità della condotta', non era dato tuttavia trarre alcuna indicazione su come tali requisiti dovessero essere apprezzati, cosicché la valutazione è sempre stata ritenuta rimessa alla P.A., e poi al G.A., che la correttezza di questa valutazione è chiamato ad accertare[36].

Non può stupire, quindi, che i limiti di tale attività valutativa siano stati in concreto progressivamente definiti dalla giurisprudenza[37], registrandosi in proposito un orientamento interpretativo nient'affatto restrittivo[38].

Muovendo dalla considerazione secondo cui i «termini "può" e "concessa" sottolineano il carattere altamente discrezionale del provvedimento»[39], l'atto di concessione della cittadinanza per naturalizzazione è costantemente inquadrato dalla giurisprudenza nella categoria degli atti di 'alta amministrazione'. Da ciò consegue, nell'interpretazione pretoria, che l'acquisto della cittadinanza non costituisce «per il richiedente una sorta di "diritto" che il Paese deve necessariamente e automaticamente riconoscergli ove riscontri la sussistenza di determinati requisiti e l'assenza di fattori ostativi»[40], ma tutt'al più una aspettativa giuridicamente tutelata[41].

---

[35] Cfr. M. MALENA, *Principio dello ius soli e requisiti per la naturalizzazione: implicazioni e problematiche nell'acquisizione della cittadinanza italiana*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, III, pp. 409 ss., la quale correttamente evidenzia che i «requisiti di reddito, dunque, non sono previsti a livello normativo ma sono stati ritenuti legittimi dalla giurisprudenza in ragione del margine relativamente ampio di discrezionalità amministrativa che la disposizione sulla naturalizzazione comporta» (p. 415).

[36] Possono qui riportarsi, per comprendere il percorso che ha portato al consolidarsi della disciplina di fatto oggi operante con riguardo all'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, le parole di A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Diritto processuale amministrativo*, III, 2017, pp. 816 ss.: «Il contenuto della disposizione di legge – formulato in termini privi di reale capacità descrittiva e precettiva – viene quindi integrato attraverso la selezione delle condotte, qualità o condizioni individuali che permettono di giustificare la decisione. La fattispecie che descrive i presupposti della decisione non è quindi stabilita esclusivamente dal legislatore, ma viene rielaborata dall'interprete (sia esso funzionario amministrativo o giudice) attraverso un'attività integrativa che attribuisce una determinata portata precettiva della disposizione legale. Va aggiunto come questa attività non si risolva nel chiarimento del significato che si assume come implicito ed inespresso dal legislatore, ma nell'attribuzione di un significato compatibile con i dati che emergono in via induttiva dall'esperienza e dalla stessa prassi amministrativa e giudiziale. Ciò implica che il sindacato di legittimità abbia ad oggetto la conformità della decisione alla fattispecie derivante dall'attività integrativa effettuata o meno dai funzionari amministrativi, e non la generica conformità dell'atto alla disposizione di legge prestabilita in termini indiscussi dal legislatore storico» (p. 836-837), con l'ulteriore rilievo che l'art. 9, co. 1, lett. f) della L. 91/1992 appare molto simile ad una 'norma in bianco'.

[37] Si v. F. OLIVERI, *Cittadini mancati. La concessione della cittadinanza italiana come dispositivo governamentale*, *cit.*, secondo cui sono stati i giudici amministrativi, nel «*silentium legis*, [a costruire] un vasto repertorio di criteri di merito e demerito, rispetto a cui hanno legittimato o censurato il diniego della cittadinanza deciso dagli uffici» (p. 110).

[38] Cfr. D. ANSELMO, *La Cittadinanza tra teoria e prassi. Brevi riflessioni a partire dalla giurisprudenza amministrativa italiana*, in *Diritto e questioni pubbliche*, I, 2016, pp. 117 ss.

[39] Cons. di Stato, Sez. VI, n. 4748/2008. Cfr. anche Cons. di Stato, Sez. III, n. 657/2017.

[40] TAR Lazio, Sez. II quater, n. 38573/2010.

[41] Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, n. 798/1999. Per una critica rispetto a tale consolidato orientamento si v. C. CUDIA, *Giurisdizione e cittadinanza: questioni di vocabolario?*,*cit*.

ISSN 2036-7821

L'interesse dello straniero a divenire cittadino italiano, dunque, è posto in bilanciamento con altro interesse, che è quello della comunità della quale richiede di far parte, la scelta della P.A. rappresentando «il frutto di una meticolosa ponderazione di ogni elemento utile al fine di valutare la sussistenza di un concreto interesse pubblico ad accogliere stabilmente all'interno dello Stato comunità un nuovo componente e dell'attitudine dello stesso ad assumersene anche tutti i doveri ed oneri»[42]. In altre parole, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'interesse dell'istante deve coniugarsi con l'interesse pubblico, e quest'ultimo deve essere valutato «in relazione ai fini della società nazionale» e non già in base al «semplice riconoscimento dell'interesse privato di chi si risolve a chiedere la cittadinanza per comodità di carriera, di professione o di vita»[43].

La discrezionalità di cui gode la P.A., in particolare, appare della massima portata nel momento in cui questa compie la propria valutazione con riguardo al requisito della cd. 'irreprensibilità della condotta'[44]. Ai fini dell'acquisto della cittadinanza, infatti, non è sufficiente «dimostrare di non demeritare il privilegio», ma «occorre offrire prova positiva di un costante processo, in arco temporale adeguatamente continuativo, di integrazione sociale e culturale»[45].

Bisogna inoltre evidenziare che il requisito della irreprensibilità della condotta assume come periodo di riferimento gli anni che precedono l'istanza, considerati come un vero e proprio «periodo di osservazione»[46]. La particolarità di tale valutazione, tuttavia, dipende dal fatto che, nonostante questa abbia luogo rispetto al passato, essa in realtà guarda al futuro[47], «mediante un giudizio prognostico che escluda che il richiedente possa successivamente creare inconvenienti o, addirittura, commettere fatti di rilievo penale»[48]. I giudici amministrativi, del resto, ritengono pienamente legittimo che lo Stato valuti i rischi che corre nel fare di uno straniero un nuovo cittadino, e che pertanto «l'istruttoria dei competenti uffici non si limit[i] al

[42] TAR Lazio, Sez. II quater, n. 38573/2010.

[43] Cons. di Stato, Sez. IV, n. 196/2005. Tale orientamento, peraltro, ha radici antichissime, come dimostrato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19/1958, secondo cui la concessione della cittadinanza «esprime un giudizio di gradimento, basato su una valutazione della persona dello straniero nelle sue più varie manifestazioni. L'autorità governativa non si deve infatti limitare, in questa materia, a semplici accertamenti, ma deve appunto esprimere un apprezzamento; e nell'esplicazione di questo potere di apprezzamento non incontra neppur quei limiti che le guarentigie costituzionali pongono alla valutazione della persona del cittadino in altre situazioni di diritto pubblico».

[44] Su tale requisito, si v. S. STACCA, *Ampliare il numero dei cittadini" o riconoscere la cittadinanza agli stranieri? Ovvero della fisionomia del potere di concessione della cittadinanza*, in *ADiM Blog*, 2021; F. OLIVERI, *Cittadini mancati. La concessione della cittadinanza italiana come dispositivo governamentale*, *cit.*; D. ANSELMO, *La Cittadinanza tra teoria e prassi. Brevi riflessioni a partire dalla giurisprudenza amministrativa italiana*, *cit.*

[45] TAR Lazio, Sez. I-ter, n. 37/2008.

[46] Cons. di Stato, Sez. VI, n. 52/2011.

[47] Cfr. F. OLIVERI, *Cittadini mancati. La concessione della cittadinanza italiana come dispositivo governamentale*, *cit.*, p. 108.

[48] TAR Lazio, Sez. II-quater, n. 11771/2009.

ISSN 2036-7821

mero accertamento di fatti penalmente rilevanti»[49], potendo la P.A. valutare il comportamento tenuto dal richiedente con riguardo al generale rispetto delle regole della convivenza civile, non solo limitatamente a quelle con rilevanza penale[50].

A riprova di ciò, in diverse pronunce la giurisprudenza amministrativa ha statuito che la discrezionalità della P.A. deve includere accurati apprezzamenti sulla personalità e la condotta di vita del naturalizzando, al fine di valutare quale sia la probabilità che questi possa in futuro arrecare pregiudizio alla sicurezza dello Stato per la mancata piena adesione ai valori fondamentali dell'ordinamento[51]. Precisando ulteriormente che anche fatti depenalizzati, oppure oggetto di archiviazione in sede penale (ad es. per decorrenza dei termini di prescrizione), e, più in generale, comportamenti che possono assumere un significato apprezzabile ai fini del grado di integrazione del richiedente nella comunità sociale, indipendentemente da ogni conseguenza penale o sanzionatoria, possono essere considerati rivelatori di una non piena adesione ai valori della convivenza civile rilevanti per la sicurezza e/o l'ordinato svolgimento della vita sociale[52].

Orbene, dalla ricognizione svolta appare del tutto evidente che i giudici amministrativi siano stati assolutamente propensi, per ciò che concerne il requisito della irreprensibilità della condotta, ad accordare il massimo livello di discrezionalità alla P.A., estendendo la valutazione con riguardo a tale aspetto anche a profili privi di rilevanza penale. Ciò, tuttavia, non deve indurre a ritenere che ad essi sia preclusa ogni attività di controllo su tale valutazione[53].

Pur affermando che in tali fattispecie il sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio del potere ha natura estrinseca e formale[54], infatti, la giurisprudenza amministrativa ha comunque sottolineato che esso può, ed anzi «deve verificare la ricorrenza di un idoneo e sufficiente supporto istruttorio, oltre alla veridicità dei fatti posti a fondamento della determinazione amministrativa», nonché «la sussistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole»[55]. Sotto tale profilo, in particolare, il G.A. ha ulteriormente specificato che, qualora la

[49] TAR Lazio, Sez. II-quater, n. 7506/2011.

[50] Cfr. Cons. di Stato, Sez. I, n. 943/2022; Cons. di Stato Sez. I, n. 1959/2020; Cons. di Stato Sez. VI, n.3006/2011.

[51] Cfr. Cons. di Stato, Sez. III, n.1390/2019.

[52] Si v. Cons. di Stato, Sez. I, n. 806/2022; Cons. di Stato, Sez. III, n. 1705/2021

[53] Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, n. 4035/2011, secondo cui «l'amministrazione, qualora neghi la cittadinanza perché ha formulato in concreto il giudizio di pericolosità o di non meritevolezza, deve rendere attendibili le affermazioni poste a base della propria determinazione, affinché il giudice amministrativo – in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa e sia pure senza formalismi – possa valutare la legittimità del suo atto».

[54] Si segnala, sul tema, la posizione espressa da P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e cittadinanza: quale contributo per un concetto giuridicamente sostenibile?*, *cit.*, secondo cui «nozioni come sindacato giurisdizionale "forte", "debole", "intrinseco" o "estrinseco" rischiano in verità di essere fuorvianti nell'inquadramento del vero problema, che è costituito dalla necessità che il giudice amministrativo assicuri allo straniero una tutela giurisdizionale che possa dirsi veramente effettiva» (p. 12).

[55] Cons. di Stato, sez. VI, n. 4862/2010.

ISSN 2036-7821

motivazione faccia riferimento a fatti specifici, essa «diviene sindacabile [anche] sotto il profilo della congruità, della ragionevolezza e della proporzionalità»[56].
Non può apparire casuale, infatti, che se da un lato anche l'assenza di condanne penali può condurre ad un esito negativo del procedimento, parimenti occorre valutare, in caso di contestazione avente ad oggetto un fatto penalmente rilevante, se questo «sia concretamente indice di un mancato inserimento sociale e quindi di una non compiuta integrazione nella comunità nazionale o se, al contrario, simile comportamento, tenuto conto nel complesso dell'entità della violazione oltre che della sua condotta di vita, della sua permanenza sul territorio nazionale, dei suoi legami familiari, della sua attività lavorativa e di tutti gli elementi ritenuti rilevanti a tal fine, non debba reputarsi insufficiente a denotare quella mancata adesione ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico che preclude il rilascio della cittadinanza»[57].
Sembrerebbe potersi sostenere, pertanto, che se per un verso la estrema indeterminatezza del dato normativo ha portato al riconoscimento di un ampissimo margine di discrezionalità in capo alla P.A., per di più esteso alla possibile valutazione anche di fatti non aventi rilievo penale, per altro verso è proprio con riguardo al concreto esercizio di tale discrezionalità che si aprono spazi d'intervento per il G.A., il quale è chiamato a verificare, quanto al requisito della 'irreprensibilità della condotta', la congruità, ragionevolezza e proporzionalità della scelta operata nel singolo caso concreto dalla P.A.[58], in special modo quando il provvedimento di rigetto si riferisce a fatti specifici, che essi abbiano o meno rilevanza penale.

4. *Un recente esempio del ruolo del giudice amministrativo quale presidio rispetto ad un uso arbitrario ed irragionevole del potere*

Un chiaro esempio di quanto appena affermato è rinvenibile in un recente parere reso dalla Prima Sezione del Consiglio di Stato[59] in seguito ad un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ex art. 11 del D.P.R. 1199/1971[60].

[56] Cons. di Stato, Sez. III, n. 4159/2011.
[57] Cons. di Stato, Sez. III, n. 3121/2019. Si v. anche Cons. di Stato, Sez. II, n. 1837/2019.
[58] Proprio con riguardo al procedimento di concessione della cittadinanza, si v. A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità` sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, *cit.*, secondo cui «dal punto di vista del giudice, i margini di sindacato sono particolarmente ampi, posto che non si tratta di accertare la semplice discrasia fra fattispecie concreta e fattispecie legale, ma di riesaminare integralmente l'attività di selezione e applicazione della norma attributiva del potere. L'illegittimità non è riferita all'atto contraddistinto da un determinato vizio genetico, ma al procedimento di integrazione della fattispecie legale, che precede e condiziona la formazione dell'atto» (pp. 845-846).
[59] Cons. di Stato, Sez. I, n. 1709/2022.
[60] Per una ricognizione della disciplina normativa del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, si rinvia a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XI, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 161 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IV, Ed. Scientifica, Napoli, 2017, pp. 44 ss.

ISSN 2036-7821

Nel caso di specie, il ricorrente aveva presentato domanda di acquisto della cittadinanza ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett f), della L. 91/1992. A fronte di tale istanza, a quasi quattro anni di distanza la P.A. gli comunicava il preavviso di diniego indicandogli i motivi ostativi alla favorevole valutazione di essa, costituiti dalla condanna resa a suo carico con decreto penale del G.I.P. per i reati di cui all'art. 291 bis D.P.R. 43/1973 (per violazione del T.U. leggi doganali) e art. 70 D.P.R. 633/1972 (per violazione delle norme sull'IVA), nonché a cagione della omessa autocertificazione in ordine alla sua effettiva posizione giudiziaria all'atto della presentazione dell'istanza.
In seguito a tale comunicazione, l'interessato presentava le proprie deduzioni e osservazioni, rappresentando in primo luogo di aver appreso del decreto di condanna reso a suo carico solo in ragione del preavviso di diniego; in secondo luogo, che il decreto era risalente nel tempo e concerneva un reato di basso allarme sociale (importazione abusiva di 5 stecche di sigarette dal proprio Paese di origine), che il fatto era stato successivamente depenalizzato (al pari della violazione dell'art. 70 T.U. IVA), ai sensi del D.Lgs. n. 8/2016, e, comunque, che il reato risultava già estinto per decorso del termine di cui all'art. 460, comma 5, c.p.p. al momento della presentazione della domanda. Rappresentava infine anche di aver confidato nel certificato del Casellario Giudiziario, che nulla annotava con riguardo a tali condanne.
La P.A., nonostante i rilievi espressi, gli notificava il definitivo diniego del provvedimento di concessione della cittadinanza, adducendo nella motivazione il «mancato inserimento del ricorrente nella comunità nazionale, stante la mancanza di elementi utili forniti dallo stesso a seguito del preavviso di diniego con nota del 31.8.2018, con cui erano stati indicati i motivi ostativi ad una valutazione favorevole, ossia la condanna […] per i reati di cui all'art. 291 bis d.P.R. 43/1973 (per violazione del T.U. leggi doganali) e art. 70 d.P.R. 633/1972 (per violazione delle norme sull'IVA), nonché l'omessa autocertificazione della propria effettiva posizione giudiziaria all'atto della presentazione dell'istanza»[61].
A fronte di tale fattispecie, il Consiglio di Stato ha espresso parere favorevole all'accoglimento del ricorso, argomentando in merito alla insussistenza dei presupposti del diniego per entrambe le cause ostative opposte dalla P.A.
Con riguardo alla condanna penale inflitta al ricorrente, infatti, il Giudice ha reputato del tutto mancante l'ampia e sufficiente motivazione a supporto del provvedimento di diniego, in raffronto alla tipologia del comportamento ritenuto ostativo, alle modalità e caratteristiche del fatto penalmente perseguito, apprezzato in concreto, alla gravità dello stesso e al suo disvalore sociale, alla pena comminata e alla concessione di attenuanti generiche, nonché alla circostanza che si trattava di unico

[61] Cit. Cons. di Stato, Sez. I, n. 1709/2022.

ISSN 2036-7821

episodio nel periodo di lungo soggiorno del ricorrente in Italia e che era stato commesso a distanza di tempo (circa 11 anni) dal momento in cui l'istanza era stata esaminata, ed infine, al fatto che il reato era stato dichiarato estinto con sentenza del Tribunale, come il ricorrente aveva comunicato alla P.A. nella memoria integrativa trasmessa prima dell'adozione del provvedimento impugnato.

Non è sembrato ragionevole al Giudice che la P.A., pur nell'esercizio della sua ampia discrezionalità, abbia ricondotto la valutazione negativa sull'inserimento del ricorrente nel sistema di valori della società, in difetto di altri elementi ostativi, al solo fatto oggetto della condanna, consistente nell'importazione abusiva di 5 stecche di sigarette dal proprio Paese di origine, per di più senza svolgere alcuna considerazione in ordine alle ragioni per cui, in concreto, tale fatto (peraltro risalente ad oltre dieci anni prima) non avrebbe consentito di ritenere avvenuta l'integrazione dell'interessato nel richiamato sistema di valori. La sola condanna penale, senza il minimo apprezzamento in concreto del fatto sotto il profilo rilevante in sede amministrativa, non poteva infatti rappresentare di per sé automatico fatto ostativo alla concessione della cittadinanza.

Tantomeno il Giudice ha ritenuto rilevante la ulteriore circostanza rappresentata dalla P.A. dell'avere il ricorrente omesso di dichiarare, nell'autocertificazione allegata alla domanda di acquisto della cittadinanza, la condanna riportata tempo addietro, perché anche siffatta circostanza, ad avviso del Collegio, avrebbe dovuto essere valutata discrezionalmente, soprattutto alla luce delle giustificazioni addotte dall'interessato nelle osservazioni presentate ai sensi dell'art. 10*bis* della L. 241/1990.

Secondo l'interpretazione proposta nel parere in esame, infatti, la P.A., stante il suo ampio potere discrezionale, può legittimamente negare la concessione della cittadinanza italiana al cittadino straniero nel caso in cui l'autocertificazione resa ai fini del conseguimento della cittadinanza non sia veritiera con riguardo al precedente penale non dichiarato[62], ma può farlo solo adeguatamente motivando in ordine alle ragioni per cui il fatto costituito dalla dichiarazione mendace assume valenza ostativa.

A tal proposito, infatti, il Giudice ha sancito la non riferibilità della normativa generale di cui all'art. 75 del D.P.R. 445/2000[63] ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa") al caso di

[62] Cfr. Cons. di Stato, Sez. I, n. 702/2022

[63] Sulla disciplina di cui all'art. 75 del D.P.R. 445/2000, si v. G. ARENA, M. BOMBARDELLI, M.P. GUERRA, A. MASUCCI, *La documentazione amministrativa. Certezze, semplificazione e informatizzazione nel DPR 28 dicembre 2000, n. 445*, Rimini, Maggioli Editore, 2001; M. OCCHIENA, *Autocertificazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 727 ss.; M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove autonomie*, III, 2008, pp. 603 ss.

ISSN 2036-7821

specie, ponendo alla base del ragionamento proprio l'ampiezza del potere discrezionale posto in capo alla P.A.

La norma, come è noto, dispone che «fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera»[64]. E l'interpretazione della giurisprudenza amministrativa è ferma nel ritenere che la non veridicità di quanto 'autodichiarato' rileva sotto un profilo oggettivo, e conduce alla decadenza dei benefici ottenuti con l'autodichiarazione non veritiera, senza che tale disposizione lasci margine di discrezionalità alla P.A.[65], non potendo questa considerare la mancanza di colpa o di dolo e le giustificazioni del dichiarante[66].

L'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000, quindi, si inserisce per sua stessa natura in un contesto in cui alla dichiarazione sullo *status* o sul possesso di determinati requisiti è attribuita funzione probatoria decisiva al fine dell'acquisizione del beneficio, da cui discende il dovere del dichiarante di affermare il vero[67], in caso contrario precludendogli il raggiungimento dello scopo cui la dichiarazione era indirizzata o comportando la sua decadenza dall'*utilitas* conseguita per effetto del mendacio.

Ne deriva che, se la legge fosse stata applicabile al caso oggetto del parere, non avrebbero assunto rilievo le doglianze del ricorrente in ordine alla mancanza di colpevolezza nell'omessa dichiarazione del precedente penale, palesandosi la comminatoria di decadenza come la naturale conseguenza della inidoneità della dichiarazione non veritiera a raggiungere l'effetto cui era preordinata. Ma, ad avviso del Collegio, come «ben precisa la sentenza della Sez. V del Consiglio di Stato 09/04/2013, n. 1933, "il beneficio o i benefici rispetto al quale opera la sanzione della decadenza di cui all'art. 75 sono solo quelli immediatamente perseguiti con la dichiarazione non veritiera e non già quelli indirettamente ricollegabili al mendacio"»[68].

La questione, dunque, doveva essere risolta in base alla disciplina sostanziale di settore, e, nella disciplina dettata dall'art. 9, comma 1, lett. f), della L. 91/1992, la dichiarazione del richiedente riguardante i precedenti penali non comporta, proprio per espressa previsione del legislatore e per consolidato orientamento giurisprudenziale, l'acquisto del beneficio (dal che conseguirebbe che l'autocertificazione non veritiera determinerebbe, ex art. 75 D.P.R. n. 445/2000,

[64] Art. 75 del D.P.R. 445/2000.

[65] Su tale interpretazione dell'art. 75 del D.P.R. 445/2000, in particolare in materia di affidamenti pubblici, si v. Cons. di Stato, Sez. V, n. 1172/2017.

[66] Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, n. 404/2016; Cons. di Stato, Sez. V n.3934/2014.

[67] Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, n.1933/2013; Cons. di Stato, Sez. V, n. 2447/2012; TAR Lombardia, MI, Sez. III, n. 49/2021.

[68] Cit. Cons. di Stato, Sez. I, n. 1709/2022. Cfr. anche Cons. di Stato, Sez. V, n. 1933/2013.

ISSN 2036-7821

l'automatica decadenza). Nella fattispecie in esame, infatti, l'autocertificazione ha il più limitato scopo di portare a conoscenza della P.A. una serie di elementi di valutazione riguardanti la situazione personale ed economica del richiedente rilevanti ai fini di apprezzarne l'avvenuta integrazione in Italia, tale da poterne affermare la compiuta appartenenza alla comunità nazionale, e l'assenza di cause ostative.

Va inoltre sottolineato come, nel caso di specie, il Collegio ha valutato che la dichiarazione resa dal ricorrente non solo non comportava l'acquisizione diretta del beneficio (acquisto dello *status* di cittadino), ma neanche sembrava presentare i caratteri della dichiarazione 'mendace', potenzialmente configurabile quale autonomo reato come lasciato intendere dalla P.A., e ciò a causa dell'incertezza nella corretta individuazione della fattispecie concreta.

Il comportamento del ricorrente è sembrato al Giudice, da una serie di indici sintomatici, mancare di dolo e di colpa, in quanto giustificato dalla inconsapevolezza della condanna, avendo egli dichiarato di non aver avuto conoscenza del decreto penale (se non in occasione della comunicazione ex art. 10*bis* delle ragioni ostative alla concessione di cittadinanza da parte del Ministero dell'interno) e di non aver ricevuto richieste di pagamento o procedimenti di esazioni relativi a somme da pagare in conseguenza del provvedimento di condanna riportato.

Nell'opinione del Collegio, dunque, «il ricorrente, tenuto conto della tipologia del fatto commesso, delle cui conseguenze penali è credibile che non fosse ben cosciente, nonché della mancata conoscenza della condanna intervenuta, e, non ultimo, della ignoranza delle previsioni di legge concernenti la mancata annotazione delle condanne penali emesse per decreto nelle certificazioni del casellario, ben poteva ritenersi in buona fede quando aveva affermato di aver confidato nella veridicità e completezza delle certificazioni rilasciate dall'Ufficio del Casellario Giudiziario, cui si era attenuto nel rendere l'autodichiarazione»[69].

Ha valutato quindi il Giudice che, nel caso di specie, non solo è mancata nel ricorrente l'intenzione di ingannare, ma anche la consapevolezza del disvalore sociale della propria autodichiarazione o, comunque, la volontà della trasfigurazione del vero nella consapevolezza di realizzare una condotta dotata di rilevanza giuridica.

A conclusione del proprio parere, pertanto, il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato che la P.A. «avrebbe dovuto porre in essere un approfondimento istruttorio in ordine a tali elementi, che avrebbe dovuto accuratamente ponderare, e avrebbe dovuto anche adeguatamente motivare in merito al disvalore del fatto oggetto della condanna penale, non potendosi ritenere esercitata legittimamente la discrezionalità attraverso l'"automaticità" del giudizio di diniego della cittadinanza

[69] Cons. di Stato, Sez. I, n. 1709/2022.

ISSN 2036-7821

per la "non veritiera" autocertificazione e per l'esistenza di un solo risalente precedente penale, concernente un comportamento di non particolare allarme sociale, di recente depenalizzato»[70].

5. *Brevi considerazioni conclusive*

All'esito del percorso argomentativo proposto, sembrerebbe potersi concludere nel senso che l'ampia discrezionalità riconosciuta alla P.A. nella valutazione del requisito della irreprensibilità della condotta non necessariamente pregiudica l'aspirazione dello straniero a divenire cittadino italiano, ed anzi, se correttamente esercitata, può addirittura consentirgli di soddisfare tale aspirazione in casi in cui un assetto normativo differente – e a prima vista più favorevole in quanto meno soggetto a valutazioni discrezionali della P.A.[71] – gli precluderebbe il medesimo risultato.

Tale assunto è particolarmente evidente nella fattispecie oggetto di approfondimento: non si può fare a meno di constatare, infatti, che se il requisito della irreprensibilità della condotta fosse stato normativamente ancorato ad un parametro del tutto oggettivo, quale ad esempio l'assenza di precedenti penali, il ricorrente si sarebbe di fatto trovato nella impossibilità di ottenere la cittadinanza, in quanto avrebbero certamente assunto valenza ostativa entrambi i motivi opposti dalla P.A. nel provvedimento di diniego.

Se dunque per un verso appaiono più che condivisibili le istanze manifestate in dottrina circa la complessiva irragionevolezza del requisito della irreprensibilità della condotta ai fini dell'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione[72], per altro verso occorre comunque evidenziare che, fintanto che la disciplina normativa viene ricostruita nel senso della sua esistenza e dell'ampia discrezionalità ad esso connessa, è proprio con riguardo all'esercizio di tale ampia discrezionalità che possono recuperarsi occasioni di tutela della posizione giuridica dello straniero. Ed inoltre, che è principalmente sul G.A. che ricade il compito di assicurare che l'esercizio del

[70] Cons. di Stato, Sez. I, n. 1709/2022.

[71] Come riferito da P. LOMBARDI, *Giudice amministrativo e cittadinanza: quale contributo per un concetto giuridicamente sostenibile?*,*cit.*, «fin dagli anni novanta del secolo scorso si è rimarcato come la legge attualmente in vigore avesse inopportunamente rinunciato a circoscrivere in limiti più precisi il potere dell'amministrazione in materia di concessione della cittadinanza, anche solo meglio individuando i parametri della valutazione demandata alle autorità, la quale, se non dovrebbe comunque limitarsi al semplice accertamento di eventuali cause d'impedimento all'acquisto, non può neppure spingersi all'apprezzamento circa la sussistenza di uno "specifico" interesse pubblico al rilascio del provvedimento concessorio» (p, 17).

[72] Laconico, in proposito, è il giudizio formulato da F. OLIVERI, *Cittadini mancati. La concessione della cittadinanza italiana come dispositivo governamentale*, *cit*, secondo cui «dietro la retorica civica, perfino costituzionale, degli obblighi di cittadinanza emerge una realtà molto più prosaica legata al pensiero di Stato, che proietta sulla naturalizzazione la rappresentazione dell'immigrazione in termini di costi/benefici e degli immigrati in termini di minaccia/risorsa» (p. 110).

ISSN 2036-7821

potere discrezionale non si traduca in un uso arbitrario ed irragionevole dello stesso[73].

Dall'analisi svolta, in particolare, ciò che emerge è che il baricentro del controllo giudiziale non può in alcun modo ritenersi appiattito su una interpretazione legalistica e formalistica del dato normativo (anche alla luce della sua indeterminatezza), richiedendo invece che la norma attributiva del potere sia «oggetto di un'interpretazione sistematica che giustifichi le sfere di interferenza dell'amministrazione nella vita individuale entro i limiti ed i modi idonei a garantire le prerogative soggettive tutelate»[74] dall'ordinamento. In particolare, proprio alla luce del riconoscimento di un'ampia discrezionalità in capo all'Amministrazione, il perno del sindacato giurisdizionale non può che essere individuato nell'art. 3, co. 1, della L. 241/1990, da intendersi, prima ancora che come disposizione riferita alla motivazione del provvedimento, quale norma che regola l'intera attività decisionale della P.A.[75], da ciò derivando che il sindacato di legittimità necessariamente presuppone il riesame dell'intera questione controversa, comprendente tanto la selezione dei fatti rilevanti, quanto il metodo attraverso cui si è attribuita ad essi specifica rilevanza in vista della produzione degli effetti contemplati dalla norma[76].

---

[73] Cfr. M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, V, 2018, pp. 1 ss.

[74] Così A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, *cit.*, p. 888.

[75] Su una tale interpretazione dell'art. 3 della L.241/1990, si v. M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Diritto e processo* amministrativo, II, 2010, pp. 459 ss.; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013, pp. 394 ss.

[76] Illuminanti in tal senso appaiono le considerazioni espresse in epoca risalente da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, II, 1979, secondo cui, «quando sindaca l'atto dal punto di vista dell'eccesso di potere, il giudice amministrativo esce, per così dire, dall'atto impugnato per cogliere la realtà normativa e fattuale che sta dietro l'atto. Quando compie tale sindacato, infatti, esso, ripercorrendo le vie percorse dall'amministrazione, impianta direttamente o indirettamente, esplicitamente o implicitamente […], un giudizio di congruità o proporzionalità dell'assetto dato dall'atto agli interessi in gioco, rispetto, da una parte, al potere istituito dalla norma, così come esso programmaticamente si precisa in relazione ai suoi presupposti, agli interessi tutelati, alla posizione rispettiva di questi e al momento previsto della loro emersione; dall'altra, alla situazione di fatto in cui si colloca l'esercizio del potere. Il giudizio […] è unico e duplice insieme, perché è compiuto con simultaneo riferimento alla realtà normativa e a quella fattuale; l'interpretazione complessiva del fenomeno può variare in relazione alla prevalenza che si dia al primo o al secondo termine di riferimento, ma, in sostanza, si tratta di vedere se l'atto sindacato sia l'anello "giusto" (nel senso di congruo, adatto) di collegamento fra il potere e la situazione di fatto» (p. 278). Sui diversi profili dei rapporti tra discrezionalità, ragionevolezza e sindacato di legittimità da parte del G.A., la letteratura è vastissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, si v. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 1 ss.; F. BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in AA. VV., *Scritti per Mario Nigro*, III, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 65 ss.; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, IV, 1997, pp. 939 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, 1998, III, pp. 89 ss.; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, VII, 2002, pp. 437 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, M. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi*

ISSN 2036-7821

Quanto al parametro cui rapportare tale sindacato, vanno infine sottolineate le più recenti aperture del G.A., secondo cui, prescindendo «dalle ipotesi ostative al riconoscimento della cittadinanza, contemplate dall'art. 6 della […] legge n. 92 del 1991[77], non è possibile però esigere dallo straniero […] un *quantum* di moralità superiore a quella posseduta mediamente dalla collettività nazionale in un dato momento storico, sicché il giudizio sulla integrazione sociale del richiedente la cittadinanza italiana, sebbene debba tenere conto di fatti penalmente rilevanti, non può ispirarsi ad un criterio di assoluta irreprensibilità morale, nella forma dello *status illesae dignitatis*, o di impeccabilità sociale, del tutto antistorico prima che irrealistico e, perciò, umanamente inesigibile da chiunque, straniero o cittadino che sia». E del resto, un «simile criterio, nella sua aprioristica purezza e in una visione eticizzante dello Stato portatore di una morale superiore ed escludente, implicherebbe l'impossibilità di ottenere la cittadinanza per il sol fatto di avere compiuto un reato, anche se non avente una concreta (e non meramente astratta o presunta) carica di disvalore morale o di pericolosità sociale per l'ordinamento giuridico; venendosi a realizzare, in questo modo, un irragionevole chiusura della collettività nazionale all'ingresso di soggetti che, pur avendo tutti i requisiti per ottenere la cittadinanza, si vedono privare di questo legittimo interesse, attinente anche all'esercizio di diritti fondamentali, in assenza di un effettivo ed apprezzabile interesse pubblico a tutela della collettività»[78].

Si consenta, infine, un'ultima necessaria quanto amara considerazione: se per un verso ci si può augurare che il G.A. prosegua nel valorizzare la linea interpretativa appena richiamata – anche al fine di riequilibrare in sede giurisdizionale una disciplina normativa che rimane comunque non particolarmente favorevole per lo straniero –, per altro verso occorre comunque evidenziare la patologia intrinseca del fenomeno, che richiederebbe invece, per essere corretto alla radice, prima di tutto di una maggiore attenzione complessiva da parte della P.A., così da porre un freno al

del diritto amministrativo, Milano, 2012, pp. 371 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Ragionevolezza (dir. amm.)*, in *Diritto online Traccani*, 2017; F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Federalismi*, XII, 2017, pp. 1 ss; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in *Federalismi*, XVII, 2018, pp. 1 ss.

[77] L'art. 6, come evidenziato nel par. 2 del presente contributo, si riferisce alla diversa e più favorevole disciplina dell'acquisto della cittadinanza in caso di matrimonio ed indica, quali cause ostative all'accoglimento della richiesta: «a) la condanna per uno dei delitti previsti nel libro secondo, titolo I, capi I, II e III, del codice penale; b) la condanna per un delitto non colposo per il quale la legge preveda una pena edittale non inferiore nel massimo a tre anni di reclusione; ovvero la condanna per un reato non politico ad una pena detentiva superiore ad un anno da parte di una autorità giudiziaria straniera, quando la sentenza sia stata riconosciuta in Italia; c) la sussistenza, nel caso specifico, di comprovati motivi inerenti alla sicurezza della Repubblica». Alla luce di una doverosa interpretazione sistematica, deve dunque ritenersi che tali ipotesi, ed in particolare quelle di cui alle lett. a) e b), costituiscano il limite massimo della valutazione discrezionale che la P.A. può compiere nel senso di escludere la rilevanza di una precedente condanna penale ai fini della valutazione del requisito della irreprensibilità della condotta.

[78] Cons. di Stato, Sez. II, n. 4151/2021; Cons. di Stato, Sez. III, n. 1837/2019.

ISSN 2036-7821

verificarsi di fattispecie del tutto paradossali quale quella descritta nel presente contributo[79].

[79] Secondo l'insegnamento di A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli 'altri saperi'*, in *Diritto Pubblico*, III, 2003, pp. 865 ss., «L'argomentazione giuridica rappresenta così il mezzo per proporre soluzioni nuove e più convincenti per l'uditorio. In questo modo il giurista pratico non parla, però, di nuovi valori (non è compito suo, è compito di chi riferisce all''umanità illuminata', mentre il giurista riferisce normalmente a 'interlocutori' esperti): propone invece nuove interpretazioni. Le nuove interpretazioni, a loro volta, acquistano un rilievo particolare quando sono strumento per riconoscere o rafforzare un diritto o per conseguire un traguardo più avanzato in termini di dignità della persona e di bene comune: è l''invenzione giuridica'. Così il giurista parla di norme, ma allude ad altro» (p. 884).

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto
Brevi riflessioni sul relativo riparto di giurisdizione

di Nicolina Fontana

(Dottoressa di ricerca)

Sommario

1. Premessa – 2. Riepilogo dell'evoluzione normativa in materia di provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto. – 2.1. Il subappalto nella disciplina codicistica e nella L. n. 2248/1985. – 2.2. Il Subappalto e la legislazione antimafia degli anni '80. – 2.3. Le riforme degli anni '90 e l'art. 18 della L. n. 55/1990. – 2.4. La legge Merloni e la sua ipertrofia. – 2.5. Il subappalto nel Codice degli Appalti pubblici del 2016. – 2.6. I contrasti con la normativa europea. – 2.7. La pronuncia della CGUE n. 63/2019. – 2.8. Il D.l. "*Sblocca Cantieri*" e la posizione dell'ANAC. – 2.9. Il subappalto nel decreto cd. "*Semplificazioni-bis*" D.l. n. 77/2021. – 2.10. L'autorizzazione al subappalto nell'art. 105 del D.Lgs. n. 150/2016. – 2.11. Il subappalto nella bozza di riforma 2023: la conferma dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016. – 3. La natura giuridica dell'autorizzazione al subappalto. – 4. Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto. – 4.1. L'orientamento tradizionale. – 4.2. Il *revirement* del Consiglio di Stato nella sentenza n. 171/2022. – 4.3. La vicenda sostanziale e processuale che ha originato la sentenza n. 171/2022. – 4.4. La questione giuridica oggetto della sentenza e il *decisum*. – 4.5. Ricostruzione critica delle ragioni del Consiglio di Stato. – 5. Considerazioni

Abstract

The subject of this study is the division of jurisdiction between the ordinary judge and the administrative judge (henceforth G.O. and G.A.) with reference to the subcontracting authorization provisions.
According to the consolidated orientation of the G.A., for everything concerning the execution phase of the contract, the jurisdiction should have been that of the G.O. In line with this orientation, the Lombardy-Brescia Tar, section II, with sentence of 11.19.2021 n. 975, had denied its jurisdiction in relation to an appeal against the refusal of the subcontracting authorization provision, despite the fact that the contract holder had proceeded to subcontract following the outcome of the matured silent assent on the authorization request.
The Council of State, during the appeal, pronounces itself in such a way as to overturn the peaceful and constant orientation by operating an 'extrapolation', from the execution phase of the contract, of the typically administrative activity of exercising the authorization power. In the case of exercise of power, the jurisdiction can only be that of the G.A..

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa

Il presente studio ha ad oggetto il riparto di giurisdizione fra Giudice ordinario e Giudice Amministrativo (d'ora in poi G.O. e G.A.) con riferimento ai provvedimenti di autorizzazione al subappalto.

Secondo il consolidato orientamento del G.A., per tutto quanto riguardasse la fase di esecuzione del contratto la giurisdizione avrebbe dovuto essere del G.O. In coerenza con tale orientamento il Tar Lombardia-Brescia, sez. II, con sentenza del 19.11.2021 n. 975, aveva denegato la propria giurisdizione relativamente ad un ricorso di impugnazione del provvedimento di diniego dell'autorizzazione al subappalto, nonostante il titolare dell'appalto avesse proceduto a subappaltare all'esito del maturato silenzio-assenso sull'istanza di autorizzazione.

Il Consiglio di Stato, in sede di appello, si pronuncia in modo da ribaltare l'orientamento pacifico e costante operando una 'estrapolazione', dalla fase di esecuzione del contratto, dell'attività tipicamente amministrativa di esercizio del potere autorizzatorio. Se trattasi di esercizio del potere, la giurisdizione non può che essere quella del G.A.!

La rilevanza della questione può ben dirsi *in re ipsa*: il tema dell'appalto è da anni oggetto di dibattito in sede di politica del diritto, sembrando finalmente all'orizzonte – almeno è così negli auspici generali – l'esito parlamentare di emanazione del nuovo Codice degli appalti.

L'analisi che segue si propone di indagare le ragioni proprie dell'uno e dell'altro orientamento giurisprudenziale operando attraverso il metodo induttivo-deduttivo, così da poter scrutinare, all'esito di essa, la fondatezza dell'assunto affermato dalla recente sentenza del Consiglio di Stato che vuole sussistente la giurisdizione del G.A. in ragione del fatto che – benché si versi nella fase di esecuzione del contratto – l'attività della Pubblica Amministrazione (d'ora in poi P.A.) di cui si discute si risolve in esercizio del potere amministrativo, non potendo qualificarsi diversamente quella funzionalizzata.

Alla luce di quanto fin qui brevemente riferito, dopo una sintetica descrizione dei termini della questione secondo l'evoluzione normativa, lo studio procederà con la ricognizione dei due orientamenti giurisprudenziali per concludersi con uno scrutinio critico della sentenza del Consiglio di Stato n. 171 del 10 gennaio 2022, volto ad illustrare le ragioni che consentono di aderire al *revirement* di recente inaugurato.

2. *Riepilogo dell'evoluzione normativa in materia di provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto*

La disciplina del subappalto, negli anni, ha subito significative modifiche, talvolta frutto di un *iter* tortuoso sul piano sia normativo, sia giurisprudenziale. L'argomento ben si presta, perciò, da un lato, per la disamina del più generale istituto dell'appalto

ISSN 2036-7821

– cui il subappalto resta inscindibilmente connesso – e, dall'altro lato, per lo studio delle riforme in materia di contratti pubblici susseguitesi, specie dagli anni '80 in poi, fino ad oggi. Pertanto, l'attività di studio e ricerca verrà circoscritta al Codice degli Appalti (il D.Lgs. n. 50/2016) ed alle più significative novità introdotte dal Legislatore per rendere la normativa italiana compatibile con quella comunitaria (stante le numerose procedure di infrazione avviate dall'Europa in danno dell'Italia in tema di libera concorrenza ed appalti pubblici).

2.1. *Il subappalto nella disciplina codicistica e nella L. n. 2248/1985*

L'appalto – ed il subappalto che ad esso è strettamente collegato – rappresenta lo strumento a mezzo del quale la P.A. reperisce gli strumenti per l'esecuzione di un'opera ovvero di una concessione1. Esso, *ex* art. 1655 c.c. «è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro»[2]. L'appaltatore, perciò, organizza i mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto, diventando imprenditore a tutti gli effetti[3].

Il subappalto[4], invece, è il contratto col quale l'appaltatore, designato dal committente per l'opera o il servizio, dà a sua volta ad un terzo soggetto, il compito di svolgere i lavori in oggetto. Tuttavia, *ex* art. 1656 c.c. «l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente».

Elemento caratterizzante l'appalto, e conseguentemente il subappalto è, insomma,

[1] M. P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo europeo*, Padova, Cedam Editore, 1997.

[2] L'appalto è un contratto consensuale ad effetti obbligatori (art. 1376 c.c.) che, se ha ad oggetto beni immobili, deve avere la forma scritta (art. 1350 c.c.) e deve essere trascritto (art. 2643 ss. c.c.). Esso si distingue dalla vendita (art. 1471 c.c.) poiché questa ha ad oggetto un dare, il primo un fare; si differenzia dal contratto di lavoro autonomo (art. 2222 c.c.) in cui l'opera o il servizio possono essere compiuti anche con lavoro proprio o dei propri famigliari, laddove l'appaltatore deve essere un imprenditore dotato di appositi mezzi. L'appaltatore organizza i mezzi necessari: quindi deve trattarsi di un imprenditore. Egli, inoltre, sopporta il rischio: ne deriva che su di lui grava una obbligazione di risultato, in quanto è tenuto non solo a predisporre i mezzi necessari per realizzare l'opera ma anche a raggiungere quel risultato. L'appalto d'opera è, ad esempio, quello che ha ad oggetto la costruzione di un condominio. Si ha appalto di servizi, ad esempio, per il servizio di *catering* prestato ai treni o alle navi.

[3] A. CANCRINI – F. PETRULLÀ, Subappalto di lavori, forniture e servizi, Roma, 2003, 35.

[4] Il subappalto, nella sua veste embrionale, vide la sua 'comparsa' già con l'Unità d'Italia, realizzatasi nel 1861. Periodo in cui il Parlamento pose mano all'opera di unificazione della legislazione amministrativa. Tuttavia, a causa dell'imminenza della terza guerra di indipendenza contro l'Impero austro-ungarico, il dibattito parlamentare non potè essere concluso in Parlamento e, così, fu demandato all'Esecutivo che assunse pieni poteri e approvò infine la legge 20 marzo 1865 n. 2248 di unificazione amministrativa. Questa legge, tra le altre materie, all'allegato F, disciplinava i lavori pubblici. Oltre alla legge appena menzionata vigeva un'ulteriore disposizione: il r.d. del 25 maggio 1985 n. 350 che disciplinava la direzione, la contabilità ed il collaudo dei lavori dello Stato. Così in F.G. SCOCA, Giustizia amministrativa, Torino, 2020, 4. Va anche detto che la L. n. 2248/1985 riportava le disposizioni che unificavano le varie procedure esistenti negli stati prerisorgimentali. Così in AA. VV., Il subappalto, Padova 2012, 4.

ISSN 2036-7821

l'assunzione da parte dell'appaltatore, ovvero del subappaltatore, del rischio di non riuscire a realizzare la prestazione richiesta e, dunque, di non ricevere il corrispettivo pattuito o, anche, di riuscire a realizzare la prestazione 'promessa' ad un costo più elevato di quello preventivato[5].

Il tentativo di inquadrare dogmaticamente l'istituto del subappalto, perciò, porta a concludere per la sua riconducibilità alla più generale categoria del subcontratto. Cionondimeno, neanche la figura da ultimo menzionata trova, nel codice civile, specifica disciplina, pur essendone previste singole forme (ad es., il subappalto, la sublocazione, la subenfiteusi, etc.) alle quali, pertanto ed in via induttiva, è possibile riferirsi per conseguirne che il subcontratto è il contratto a mezzo del quale un soggetto, dopo aver stipulato un contratto con un altro soggetto, ne conclude con un'altra parte un ulteriore, che resta in ogni caso dipendente dal primo[6]. Il subcontratto, infatti, altro non è che una stipulazione ulteriore e derivata dal contratto principale il quale resta il presupposto necessario del contratto derivato[7].

Prima dell'avvento delle politiche europee di integrazione, le principali norme in materia di appalti erano quelle contenute nel Decreto Regio n. 2440 del 18 Novembre 1923, cd. '*Legge di Contabilità di Stato*', e nel suo regolamento attuativo, il Decreto Regio n. 827 del 23 Maggio 1924[8] finalizzate, nel complesso, a soddisfare l'interesse pubblico della scelta del miglior offerente[9]. Non a caso, già l'art. 339 della L. n. 2248/1985 prevedeva il divieto per «l'appaltatore di cedere o subappaltare tutta od in parte l'opera assunta, senza l'approvazione dell'Autorità competente, sotto la comminatoria della immediata rescissione del contratto e di una multa corrispondente al ventesimo del prezzo del deliberamento»[10].

---

[5] A. VALLETTI, Il subappalto, Milano, 2005, 2.

[6] In Subcontratto, in www.brocardi.it.

[7] Occorre ricordare che il subcontratto è un'operazione diversa da quella della cessione. Quest'ultima, infatti, intende realizzare una sostituzione nel primo contratto. Il subcontratto invece, costituisce una situazione nuova, derivata da quella esistente, tra una delle parti ed un terzo: per esempio, il conduttore di un immobile, rimanendo legato al contratto con il locatore, stipula con il terzo una sublocazione, con cui gli cede il godimento dell'immobile dietro pagamento di un canone. Così, P. ZATTI, V. COLUSSI, Lineamenti di diritto privato, Vicenza, 2015, 475 ss.

[8] Per un più approfondito inquadramento del contratto di appalto nell'ambito delle attività della pubblica amministrazione si v. le voci enciclopediche di PITTALIS, Appalto pubblico, in Digesto pubbl., Torino, 1987; e CARULLO, Appalti pubblici, in Enc. Dir., agg., V, Milano, 2001.

[9] S. MEZZACAPO, Procedure ad evidenza pubblica, in Dizionario di diritto amministrativo, a cura di M. CLARICH, G. FONDERICO, pp. 522 - 523.

[10] Già con la norma del 1985 il legislatore cercava di prevedere una serie di cautele circa l'utilizzo di questo istituto, tanto da prevedere sia la necessaria approvazione dell'Autorità competente sia, per il caso di violazioni, l'applicazione di severe sanzioni. Questa prudenza, in realtà, caratterizzerà l'atteggiamento del legislatore nazionale anche nelle successive fasi evolutive della disciplina tant'è che, ancora oggi, l'art. 1656 c.c. stabilisce che l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente.

ISSN 2036-7821

2.2. *Il Subappalto e la legislazione antimafia degli anni '80*

Il livello di attenzione per gli istituti dell'appalto e del subappalto aumenta nei primi anni '80 quando il Legislatore adotta la L. n. 646/1982, la cd. '*Legge Rognoni-La Torre*'[11], al fine di combattere (nel modo più efficace possibile ed in una materia così delicata quale quella qui in esame) ogni possibile forma di manifestazione della criminalità organizzata che, specie a partire dal secondo dopoguerra, aveva purtroppo 'creato' rapporti contraddistinti da legami di complicità tra mafia e pubblici poteri[12].

Le organizzazioni criminali, infatti, sovente si assicuravano la partecipazione alle commesse pubbliche figurando come subappaltatori[13] restando, in questo modo, a dir così '*liberi*', sia dalla stazione appaltante, sia dagli stringenti controlli a cui essa sottoponeva l'appaltatore[14]. Ecco perché il Legislatore, con la L. n. 646/1982, aveva stabilito che l'appaltatore, qualora avesse dato in subappalto una parte delle

[11] I delitti di mafia verificatisi tra il 1978 e il 1982, culminati con l'uccisione del prefetto di Palermo Carlo Alberto dalla Chiesa, fecero accelerare l'iter di approvazione della legge n. 646 del 13 settembre 1982 che, rubricata «Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575» istituì, tra l'altro, una commissione parlamentare sul fenomeno mafia.

[12] O. LONGO, Le origini e l'evoluzione storica della legislazione antimafia, in www.filodiritto.com, 4 settembre 2009.

[13] La prima vera e propria svolta, invero, si registra con il varo della fattispecie delittuosa dell'associazione di tipo mafioso ex art. 416-bis c.p. il quale sancisce che la caratterizzazione mafiosa di una struttura associativa promana dall'utilizzo della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento che ne deriva per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione, o comunque il controllo, di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti e servizi pubblici. Così in F. CARINGELLA, L'assetto delegificato della normativa antimafia e la nuova disciplina del subappalto, in www.lexitalia.it.

[14] La legge Rognoni-La Torre, all'art. 21, co. 1, stabiliva che «chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'Autorità competente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto. Nei confronti del subappaltatore e dell'affidatario del cottimo si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto». Indi, il Legislatore, in caso di mancata autorizzazione dell'Autorità competente, non prevede più una semplice sanzione amministrativa pecuniaria, bensì una ben più afflittiva sanzione penale. Al co.2, invece, l'art. 21 elencava i requisiti necessari per il rilascio dell'autorizzazione facendo quindi riferimento a: 1. l'idoneità tecnica del subappaltatore; 2. L'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori. Al co.3, la medesima norma precisava, altresì, che «l'autorizzazione non può essere rilasciata nei casi previsti dall'art. 10-quinquies della legge 31 maggio 1965, n. 575», provvedimento ora abrogato dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Tale norma contemplava il divieto per le persone alle quali fosse stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione, di ottenere: a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio; b) concessioni di beni pubblici; c) concessioni di costruzione nonché di gestione di opere pubbliche e concessioni di servizi pubblici; d) iscrizioni negli albi degli appaltatori o dei fornitori di opere e servizi riguardanti la pubblica amministrazione nonché all'albo nazionale dei costruttori, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri dei commissionari astatori presso i mercati annonari all'ingrosso; e) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio o abilitativo, per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati; f) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo.

ISSN 2036-7821

lavorazioni senza la preventiva autorizzazione della stazione appaltante, sarebbe incorso non più in una semplice sanzione amministrativa, bensì nella ben più afflittiva sanzione penale.
Nonostante le statuizioni della Legge Rognoni-La Torre, però, il subappalto continuava ad essere uno strumento che ben si prestava alle infiltrazioni delle associazioni criminali di stampo mafioso al punto che si resero necessarie ulteriori riforme, perlopiù finalizzate alla introduzione di cc.dd. '*limiti quantitativi*' al subappalto[15].

2.3. *Le riforme degli anni '90 e l'art. 18 della L. n. 55/1990*
Nei primi anni '90, anche per il proliferare delle direttive europee in materia[16], si registrò un'ulteriore maggiore crescita di interesse del Legislatore italiano per il tema qui oggetto di studio. È infatti ascrivibile a questo periodo l'aumento dei casi in cui la P.A. ricorre alle procedure di evidenza pubblica per l'appalto di opere ovvero per l'affidamento di servizi e forniture.
In questi anni pure le disposizioni europee andavano proliferando sempre più tant'è che esse, oramai, andavano fisiologicamente ad 'affiancare' quelle interne. A titolo esemplificativo e non esaustivo, si annoverano la Direttiva 93/37/CEE, sulla regolamentazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici; la Direttiva 92/50/CEE, sulla fornitura di servizi da parte di operatori privati alle pubbliche amministrazioni; la Direttiva 93/36/CEE, sulle disposizioni in materia di forniture di beni alle pubbliche amministrazioni; alle Direttive 90/53/CEE e 93/38/CEE, riguardanti i settori 'esclusi' dalle direttive di cui innanzi (es. appalti per in materia di fornitura di energia, quindi luce e gas; in materia di acqua; di telefonia). Direttive che, nel complesso, dimostrano come il Legislatore europeo intendesse distinguere gli appalti pubblici in ragione della '*natura*' ad esso attribuita, e non già del '*valore economico*'. Criterio, quest'ultimo, cui si inizierà a dare rilievo solo più tardi con l'introduzione della distinzione tra la categoria degli appalti cc.dd. '*sotto-soglia*' (aventi cioè un valore economico relativamente basso e che, perciò, avendo uno scarso impatto nell'economia comunitaria, sono perlopiù regolati dal diritto interno) e la categoria degli appalti cc.dd. '*sopra-soglia*' (aventi, cioè, un importante valore economico e che, proprio per questo, restano assoggettati alle Direttive Europee e agli obiettivi da esse prefissati, lasciando agli Stati membri la sola scelta delle

[15] N. CENTOFANTI, M. FAVAGROSSA, P. CENTOFANTI, Il subappalto, Padova, 2012, 11.
[16] Si v. la direttiva n. 93/37/Cee (sugli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari); la n. 93/36/Cee (sugli appalti pubblici di fornitura nei settori ordinari); la n. 92/50/Cee (sugli appalti pubblici di servizi nei settori ordinari); la n. 92/50/Cee (sugli appalti pubblici di servizi); la n. 90/531/Cee e la n. 93/38/Cee (sugli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni- cd. settori esclusi).

ISSN 2036-7821

modalità di perseguimento di essi obiettivi[17]).
In ambito nazionale, degna di rilievo, è invece la legge 19 marzo 1990, n. 55, rubricata «*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di pericolosità sociale*». L'art. 18, co. 12, definiva – espressamente e per la prima vola – il subappalto come «qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo[18], se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o di importo superiore a 100.000 ECU [ora euro] e qualora l'incidenza del costo della mano d'opera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare. Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta i lavori salvo che per la fornitura con posa in opera di impianti e di strutture speciali da individuare con il regolamento. In tali casi il fornitore o subappaltatore, per la posa in opera o il montaggio, può avvalersi di imprese di propria fiducia per le quali non sussista alcuno dei divieti di cui al comma 3, numero 5». Il co. 3, infatti, statuiva che «per specifici interventi, a ulteriori diverse condizioni, l'affidamento in subappalto di qualsiasi parte delle opere o dei lavori pubblici compresi nell'appalto è autorizzato dall'ente o dall'amministrazione appaltante, qualora sussistano le […] condizioni» ivi precisate.
Ma la disposizione che, più delle altre, pare degna di menzione è quella contenuta nel co. 3.1 in cui veniva inserito un vero e proprio '*limite quantitativo*' al subappalto stabilendo, precisamente, che le opere da subappaltare non potevano superare «complessivamente il 40% dell'importo netto di aggiudicazione dell'appalto, con limite massimo del 15% per le opere della categoria prevalente»[19]. Questo, per consentire alla P.A. una progressiva '*intromissione*' nell'attività del subappaltatore, anche al fine di controllare i suoi effettivi rapporti con l'aggiudicatario dell'appalto[20].
E così fu almeno fino alla sua revisione! Con l'art. 34 del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, invero, nel mentre si confermava l'obbligo per i concorrenti di indicare, in sede di gara, i lavori da subappaltare, al contempo, per garantire la compatibilità dell'ordinamento giuridico italiano ai principi comunitari di libertà di organizzazione dell'attività imprenditoriale, si eliminava il doppio limite quantitativo della categoria prevalente, del 40% e del 15%.

2.4. *La legge Merloni e la sua ipertrofia*

[17] M. CLARICH, *Introduzione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, Giappichelli Editore, 2011, p. XXVII.
[18] Consiste nell'utilizzo di mezzi con operatore forniti da un'altra impresa e, secondo la giurisprudenza si configura come «un contratto innominato caratterizzato da una prestazione principale avente ad oggetto la locazione o il c.d. noleggio di un macchinario e da una accessoria, rappresentata dall'attività del soggetto» (Cass. pen., Sez III, 13 giugno 1997, n. 6923).
[19] Opere che, in ogni caso, vanno indicate nel progetto o nel bando di gara dalla stazione appaltante.
[20] N. CENTOFANTI, M. FAVAGROSSA, P. CENTOFANTI, Il subappalto, cit.

ISSN 2036-7821

Vari sono stati gli avvenimenti (storici, politici e giudiziari) che, in qualche modo, hanno inciso sulla normativa degli appalti pubblici. *In primis*, il fenomeno tristemente noto come '*Tangentopoli*'[21] il quale, proprio in tema di scelta del contraente, ha fatto sì che si iniziassero a privilegiare soluzioni più meccaniche e formali al fine ultimo di limitare, il più possibile, la discrezionalità delle amministrazioni appaltanti, e dei loro funzionari, attraverso congegni di gara automatici (come ad esempio l'aggiudicazione in base al prezzo più basso)[22].

La disciplina dell'appalto, e nello specifico del subappalto, è stata però ulteriormente modificata con la legge-quadro n. 109/1994, detta anche '*Legge Merloni*'. Questa, dapprima sospesa e poi ripresa solo parzialmente nel 1995 con la legge n. 216 detta anche '*Merloni-bis*', è in seguito confluita, per la gran parte, nella legge n. 415/1998 e, successivamente, nella legge n. 166/2002.

Epperò, l'ipertrofia normativa ed il formalismo procedurale che hanno contraddistinto le procedure di affidamento pubblico ne hanno determinato, dapprima, la loro quasi completa paralisi[23]; in un secondo momento, ed in conseguenza, la necessità di una loro velocizzazione, mitigandone l'eccesiva burocrazia che, nel frattempo, le aveva rese così farraginose[24].

---

[21] Termine utilizzato in Italia dal 1992 per indicare un sistema diffuso di corruzione politica.

[22] S. FANTINI, H. SIMONETTI, Le basi del diritto dei contratti pubblici, Milano, 2019, 23.

[23] Sono di questo periodo il D.L. 3 aprile 1995, n. 101 conv. in L. 2 giugno 1995, n. 216 (Merloni-bis) e la L. 18 novembre 1998, n. 415 (Merloni-ter) finalizzate a contrastare il dilagante fenomeno corruttivo in tema di appalti pubblici.

[24] Risponde a tale riferita esigenza la legge n.443 del 21 Dicembre 2001, rubricata «Realizzazione di Infrastrutture e degli Insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale». La L. n. 443/2001, all'articolo 14, introduceva un regime speciale per le gare di appalto indette per la realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici di cui alla Legge-Obiettivo n.443/2001, con riferimento ai quali venivano introdotte delle importanti innovazioni: la lett. a) co. 1, stabiliva che l'udienza di merito nei giudizi aventi ad oggetto gare di appalto indette per la realizzazione di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici dovesse essere fissata entro il quarantacinquesimo giorno dalla data di deposito del ricorso; la lett. b) co. 1, attribuiva valenza di valore incomprimibile all'interesse pubblico alla tempestiva realizzazione dell'opera; il co. 2 dell'art. 14, infine, stigmatizzava, attribuendogli forza vincolante, al principio secondo cui l'intervenuta stipulazione del contratto di appalto non poteva essere travolta da una eventuale sospensiva o da una pronuncia di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione. Scopo quindi principale diviene quello di garantire, in caso di ricorsi giudiziali, la celerità dell'affidamento dell'appalto e più in generale garantire la rapida esecuzione dell'opera nonché la certezza dell'operatore economico incaricato. Sotto altro e forse preminente aspetto, viene dato particolare rilievo alla aprioristica valorizzazione dell'interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell'opera: portato il concetto alle estreme conseguenze l'interesse primario a che la prassi amministrativa si ispiri alle regole del diritto, viene svuotato di ogni contenuto a rischio di tradurre la legittima aspettativa del privato al rispetto delle norme che disciplinano le gare di appalto di una mera chance ad essere risarcito. In altri termini, il preminente interesse pubblico alla legalità del procedere amministrativo viene sacrificato sull'altare della 'celerità'. Così, D. SCALERA, Attuazione della Legge 21 dicembre n.443 del 21 dicembre 2001 per la Realizzazione di Infrastrutture e degli Insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale. Commento all'art.14 Decreto Legislativo 20 agosto 2002, n.190 (in G.U. n.199 del 26 agosto 2002 – Suppl. Ordinario n.174 – in vigore dal 10.09.2002. Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di Diritto Pubblico, di diritto dell'Economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di Ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet".

2.5. *Il subappalto nel Codice degli Appalti pubblici del 2016*

In un contesto siffatto, oramai caotico e disarticolato, è intervenuto il Codice dei contratti pubblici che, adottato con il D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 163, ha rappresentato un evento assai significativo. Esso, sebbene avesse raccolto la delega contenuta nell'art. 25 della Legge comunitaria 2004 (L. 18 aprile 2005, n. 62) per il recepimento della direttiva comunitaria 2004/18/Ce (sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari) e della direttiva comunitaria 2004/17/Ce (sul coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, nonché degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, insomma i cc.dd. '*settori speciali*', definiti '*settori esclusi*' nelle direttive precedenti) ha inteso, anzitutto, incrementare la concorrenza tra gli operatori economici nell'aggiudicazione dei contratti pubblici.

«La tutela della concorrenza come principio ispiratore della contrattualistica pubblica è stata più volte ribadita dalla Corte di giustizia ed è stata riconosciuta come tale nell'ordinamento interno dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 401/2007 ha respinto una serie di censure proposte dalle Regioni che lamentavano la lesione della propria competenza legislativa da parte del Codice. La pronuncia della Corte ha fatto perno proprio sull'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza e le libertà comunitarie di circolazione e stabilimento, ritenendo superata la concezione 'contabilistica' della disciplina dei contratti pubblici. La nuova prospettiva di principio ha, dunque, effetti giuridici importanti anche nei rapporti fra legge statale e regionale, visto che il nucleo principale della disciplina pubblicistica sulle gare (qualificazione e selezione dei contraenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, poteri di vigilanza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ecc.) è affidato alla competenza esclusiva dello Stato, con esclusione di ogni tentativo di differenziazione di disciplina da parte delle Regioni. Anche il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato che il fine di tutela della concorrenza ha determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione»[25].

Il Codice degli Appalti pubblici ha dedicato al subappalto l'art. 105, co. 2, definendolo come «il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. (Per

[25] G. URBANO, *La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi*, in *Nel Diritto.it*, rivista telematica di Giurisprudenza, www.neldiritto.it.

ISSN 2036-7821

gli appalti di lavori) non costituiscono comunque subappalto le forniture senza prestazione di manodopera, le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare. L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato nonché siano variati i requisiti di cui al comma 7».

Il co. 3 della medesima norma, invece, ha elencato le attività che non sono qualificabili come subappalto. E, cioè 1. l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante; 2. la subfornitura a catalogo di prodotti informatici; 3. l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20 mila euro annui a imprenditori agricoli[26].

Il D.Lgs. n. 50/2016 ha altresì previsto che i soggetti affidatari dei contratti di appalto, in esso regolati, potessero affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:

a) tale facoltà fosse stata prevista nel bando di gara, anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, fosse stata indicata la categoria per la quale era ammesso il subappalto;
b) all'atto dell'offerta fossero stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intendevano subappaltare o concedere in cottimo;
c) il concorrente dimostrasse l'assenza, in capo ai subappaltatori, dei motivi di esclusione di cui all'art. 80[27].

[26] Nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle Finanze del 14 giugno 1993 n. 9, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 della Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A, annesso alla legge 28 dicembre 2001 n. 448.

[27] Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione di una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6, per uno dei seguenti reati: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli art. 416., 416 bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 74 del D.P.R. n. 309 del 9 ottobre 1990, dell'art. 291 quarter del

ISSN 2036-7821

2.6 I contrasti con la normativa europea

L'art. 105 D.Lgs. 50/2016, al co. 2, quindi, statuiva che, fatta eccezione per le previsioni di cui al co. 5, «l'eventuale subappalto non po(teva) superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture». Per questo motivo, l'art 105 (precisamente i co. 2 e 5) è stato oggetto della procedura di infrazione n. 2018/2273 avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, con atto di costituzione in mora del 24 gennaio 2019, in cui si evidenziava il contrasto dei citati comma con le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE[28].

La Commissione europea, in effetti, eccepiva che l'art. 105, co. 2 e co. 5, del D.Lgs. 50/2016 violasse l'art. 63, paragrafo 1, co. 2, l'art. 63, paragrafo 2, e l'art. 71 della direttiva 2014/24/UE e, più esattamente, obiettava che le contestate disposizioni fossero incompatibile con la normativa europea nella parte in cui prevedeva, proprio in materia di subappalto:

a) il divieto di subappaltare più del 30% di un contratto pubblico;
b) il divieto generale per i subappaltatori di fare ricorso a loro volta ad altri subappaltatori (subappalto a cascata);
c) l'obbligo di indicazione di una terna di subappaltatori nei contratti di appalto e concessione[29].

Ulteriori critiche della Commissione riguardavano le disposizioni italiane concernenti:

a) il divieto di sub-avvalimento (il soggetto delle cui capacità l'operatore intende avvalersi non può affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto);
b) il divieto per diversi offerenti in una procedura di gara di avvalersi dello stesso soggetto; il divieto per il soggetto di cui un offerente intendesse avvalersi di presentare un'offerta nella stessa procedura di gara ed il divieto

---

D.P.R. n. 43 del 23 gennaio 1973 e dall'art. 260 del D.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'art. 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 ter, 319 quarter, 320 , 321, 322, 322 bis, 346 bis, 353, 353 bis, 354, 355 3 356 del codice penale nonché all'art. 2635 del codice civile; c) frode ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale, reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e) delitti di cui agli artt. 648 bis e 648 ter del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'art. 1 del D.lgs. 22 giugno 2007 n. 109 e successive modifiche; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il D.lgs. 4 marzo 2014 n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli artt. 88, comma 4 bis e 92, commi 2 e 3 del D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

[28] Subappalto – limite quota legittimo per i contratti sottosoglia – non contrasta con la direttiva europea (art. 105 D.lgs. 50/2016,) in www.sentenzeappalti.it.

[29] Procedura di infrazione n. 2018/2273, in www.documenti.camera.it.

ISSN 2036-7821

per l'offerente in una procedura di gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa procedura di gara;

c) il divieto di avvalimento qualora il contratto pubblico comprendesse opere super specialistiche, che secondo la Commissione europea sembra non consentire l'avvalimento in relazione all'intero oggetto del contratto e non solo in relazione alle opere super specialistiche in esso comprese;
d) la mancata previsione di escludere un operatore economico (dalla partecipazione a una procedura di appalto o di concessione) che abbia violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione possa essere adeguatamente dimostrata, pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo;
e) le offerte anormalmente basse per gli appalti sotto soglia, con particolare riguardo al numero di minimo di offerte ammesse oltre il quale si prevede l'applicazione dell'esclusione automatica.

La Commissione europea, inoltre, evidenziava anche l'esistenza di ulteriori profili di non conformità dell'ordinamento italiano al regime europeo in materia di appalti e concessioni concernenti. In particolare:

a) l'esenzione prevista per tali enti dall'obbligo di indire gare pubbliche per l'aggiudicazione di contratti di gestione dei loro beni immobili, anche nei casi in cui il valore di tali contratti non sia inferiore alla pertinente soglia;
b) le categorie di operatori del settore cui è consentito partecipare alle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici relativi a servizi di architettura e ingegneria. Secondo la Commissione europea la normativa italiana non sembrerebbe consentire a un operatore economico, il quale presti tali servizi e abbia una forma giuridica diversa da una di quelle elencate nella disciplina nazionale, di partecipare alle gare per l'affidamento di contratti pubblici relativi a tali medesimi servizi.

2.7. *La pronuncia della CGUE n. 63/2019*

Nel 2016, la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, chiamata a rendere il parere sullo schema del Decreto delegato, aveva ritenuto legittima la scelta del legislatore di porre un limite percentuale generalizzato al subappalto essendo, detta scelta, finalizzata a salvaguardare interessi di rango primario, quali la prevenzione della corruzione, la lotta alle mafie, la trasparenza, i valori ambientali e sociali. A livello eurounitario, la norma giustificativa di tale limite quantitativo del 30% nel subappalto era stata rinvenuta nell'art. 36 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea laddove sono consentite deroghe al principio di libera circolazione delle merci per «motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di

ISSN 2036-7821

pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale».

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, nonostante il parere positivo dei Giudici di Palazzo Spada, nel gennaio del 2018, aveva però ritenuto di porre, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il quesito interpretativo del se «i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), l'articolo 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105, co. 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture»[30].

Il relativo procedimento dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (C-63/18)[31] si è concluso, in data 26 settembre 2019, con la pubblicazione della sentenza che – sia pur parzialmente – ha accolto le critiche sollevate, alla norma nazionale, dal Tribunale amministrativo lombardo affermando il principio secondo cui «la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi»[32]. I giudici di Lussemburgo, infatti, hanno statuito che «è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara sia la più ampia possibile. Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso alle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo». La Corte di Giustizia ha inoltre osservato che, dalla volontà del legislatore di disciplinare, in maniera più specifica le situazioni in cui l'offerente possa fare ricorso al subappalto, non può inferirsi che gli Stati membri dispongano della facoltà di limitare tale ricorso ad una parte dell'appalto, fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso[33]. Ed infatti, in risposta alle eccezioni sollevate dallo Stato italiano, secondo cui «limitando la parte dell'appalto che può essere

[30] Tar Lombardia, ord. n. 148 del 19 gennaio 2018.

[31] Procedura di infrazione n. 2018/2273, in www.documenti.camera.it.

[32] Il subappalto – limite quota legittimo per i contratti sottosoglia – non contrasta con la direttiva europea (art. 105 D.lgs. 50/2016), in www.sentenzeappalti.it.

[33] Il subappalto dopo la sentenza della Corte di Giustizia 26 settembre 2019 C – 63 ed in attesa delle modificazioni al codice, in www.appaltiecontratti.it.

ISSN 2036-7821

subappaltata, la normativa nazionale renderebbe il coinvolgimento nelle commesse pubbliche meno appetibile per le associazioni criminali, il che consentirebbe di prevenire il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa», i Giudici europei argomentavano che «il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese. Pertanto, una restrizione al ricorso del subappalto (…) non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24».

2.8. *Il D.l. "Sblocca Cantieri" e la posizione dell'ANAC*

Sebbene il Codice dei contratti pubblici abbia subito una generale e radicale riforma con il D.l. n. 32/2019 recante «*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*», meglio noto come decreto cd. '*Sblocca Cantieri*'[34], tuttavia, in sede di conversione, in L. n. 55/2019, molteplici sono stati i tentativi di mitigarne la rigidità. In particolare, in tema di subappalto:

- è stato eliminato l'obbligo della terna dei subappaltatori;
- è stato innalzato il limite delle prestazioni subappaltabili (dal 30% al 40%)[35];
- è stato eliminato l'obbligo di indicare, nel momento di presentazione dell'offerta, la terna di nominativi di subappaltatori[36]. Tale obbligo (*ex* art. 105, co. 6 del D.lgs. 50/2016), ciò nondimeno, per parte della giurisprudenza, risulta ancora vigente considerato che il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 9/2015, aveva comunque statuito che non era obbligatoria l'indicazione del nominativo del subappaltatore, già in sede di presentazione dell'offerta, neanche quando il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste dall'art 107, co. 2 del D.P.R. 207/2010[37].

[34] Decreto "sblocca cantieri": pubblicata in Gazzetta la Legge 55/2019 di conversione del D.L. 32/2019, in www.promopa.it.

[35] Se nella versione originaria del Decreto legge 32/2019 il Codice appalti veniva modificato in via definitiva, la legge di conversione 55/2019 ha trasformato le modifiche in 'sospensioni' di carattere provvisorio, per un anno e mezzo, di alcune norme sul subappalto (che se non confermate sarebbero rimaste in vigore solo fino al 31 dicembre 2020). Per quanto concerne le modifiche permanenti del Codice, sempre in materia di subappalto, è stata prevista tra le cause di esclusione anche il grave inadempimento dei confronti del subappaltatore, se riconosciuto con sentenza passata in giudicato. Cfr. Il subappalto nel Codice Appalti dopo Sblocca – Cantieri, in www.giurdanella.it.

[36] In precedenza era previsto per le gare sopra soglia o per quelle particolarmente esposte alle infiltrazioni della criminalità organizzata.

[37] CdS, Ad. Pl., sent. 2 novembre 2015, n.9. Conforme, Tar-Piemonte, sez. II, sent. 17 gennaio 2018, n. 94. In realtà, in sede di conversione del decreto "Sblocca-Cantieri", le Camere, a tutela dei subappaltatori, hanno introdotto una nuova causa di esclusione. La nuova lettera c) quarter all'art. 80, co. 5, prevede l'esclusione

ISSN 2036-7821

Vero è che, all'indomani della pubblicazione del Decreto Sblocca Cantieri, anche l'Autorità anticorruzione (che aveva pure istituito un gruppo di lavoro col precipuo scopo di rilevare ed eventualmente superare le criticità ascrivibili al decreto medesimo) individuava numerose questioni problematiche connesse, principalmente, alla caoticità del sistema normativo riguardante gli appalti. Ed infatti – così argomentava l'Autorità – tutte le modifiche intervenute nel Codice avevano reso il quadro normativo poco chiaro ed in continuo divenire e, soprattutto, difficile l'applicazione delle norme in esso contenute[38].

Con riguardo specifico al subappalto, l'ANAC osservava infatti che l'innalzamento della quota subappaltabile (dal 30% al 50%), e l'eliminazione completa della verifica dei requisiti del subappaltatore in gara, non rispondevano alle osservazioni avanzate in sede di procedura di infrazione. L'assenza di limite al subappalto a livello europeo era strettamente collegata alla necessità che i documenti dell'appalto imponessero ai concorrenti della gara di indicare, già nelle offerte, l'intenzione di subappaltare, ed i subappaltatori proposti, in modo che la P.A. fosse messa nelle condizioni di verificare le loro capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario.

Per contro, le modifiche introdotte dal D.l. n. 32/2019, tendevano parallelamente sia a ridurre i limiti per il subappalto, sia a posticipare ad una fase successiva all'aggiudicazione, e direttamente afferente all'esecuzione, ogni verifica che potesse riguardare i subappaltatori ed anche l'individuazione degli stessi. Ciò, ovviamente, aveva ulteriormente aggravato talune delle criticità (come ad esempio infiltrazioni criminali, violazione delle norme a tutela del lavoro, scarso controllo sull'effettivo esecutore dell'affidamento) che le disposizioni modificate dal D.l. n. 32/2019 miravano a contenere.

2.9 Il subappalto nel decreto cd. "semplificazioni-bis" D.l. n. 77/2021

Ulteriori modifiche alla disciplina del subappalto (art. 105 D.Lgs. 50/2016), si sono registrate, non da ultimo, con il D.l. 77/2021 (cd. '*decreto semplificazioni-bis*', convertito in L. 29 luglio 2021, n. 108)[39]. L'art. 49 di questo, infatti, ha previsto che, a far data dal 1 novembre 2021, sarebbero stati eliminati i limiti quantitativi al subappalto, subordinatamente all'introduzione di un nuovo meccanismo in ragione del quale il

dell'operatore economico che «*abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato*». *Principio, questo, fatto proprio sia dal Consiglio di Stato allorquando ha precisato che ciascuna gara deve essere preceduta dalla verifica dell'osservanza delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro da parte delle imprese concorrenti (CdS, sez. V, sent. 28 marzo 2018, n. 1935); sia dal TAR della Calabria nel momento in cui ha precisato che, in materia di appalti pubblici, la sentenza di applicazione della pena su richiesta (ex art. 444 c.p.p.) rileva quale debito accertamento delle condotte ivi sanzionate ai sensi di quanto previsto dall'art. 80, co. 5 del D.lgs. 50/2016 (TAR Calabria-Catanzaro, Sez. II, sent. 17 maggio 2018, n.1063).*

[38] Decreto Sblocca Cantieri, tutte le critiche dell'ANAC, in www.giurdanella.it.

[39] S. SACCONE, La disciplina del subappalto dopo le modifiche introdotte dal decreto Semplificazioni "bis", in www.ildirittoamministrativo.it, 11 gennaio 2022.

ISSN 2036-7821

subappalto sarebbe stato possibile solo per le prestazioni individuate dalla stazione appaltante, con riguardo alla loro specificità. Di talché, *ex* art. 105, co. 2, D.Lgs. n.50/2016, nel caso in cui l'Ente appaltante non indichi nulla nei documenti di gara in merito alle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario, il subappalto dovrà intendersi libero[40].
Con il decreto semplificazioni-*bis*, insomma, alle Stazioni Appaltanti è rimessa la discrezionalità di indicare, nei documenti di gara, le prestazioni e le lavorazioni che non possono essere subappaltate e che, pertanto, devono obbligatoriamente essere eseguite dall'aggiudicatario, tenuto conto della natura o della complessità delle prestazioni o delle lavorazioni da effettuare[41]. Alle Stazioni Appaltanti, altresì, è rimessa la facoltà, previa 'adeguata motivazione' da esplicitare nella determina a contrarre, di estendere l'ambito delle prestazioni da eseguirsi direttamente ed esclusivamente da parte dell'affidatario[42].

2.10 L'autorizzazione al subappalto nell'art. 105 del D.Lgs. n. 150/2016
L'art. 105 del D.lgs. n. 50/2016 – così come risultante dalle diverse modifiche subite negli anni – prevede quindi che, previo rispetto delle condizioni in esso elencate, l'appaltatore può essere autorizzato dalla Stazione Appaltante a cedere in subappalto, ad operatori qualificati, parte delle prestazioni/lavori previsti dal contratto[43]. In particolare, il co. 4 lett. b), nella versione in oggi vigente, così recita: «i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in

[40] Tuttavia, devono essere rispettate comunque alcune condizioni: 1. il contratto, così come disposto dall'art. 105, comma 1 del Codice, non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera; 2. il subappaltatore, come disposto al comma 14 dell'art 105, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale; 3. l'affidatario, come disposto al comma 14 dell'art. 105 del Codice, corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso.
Infine, il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica direttamente derivata dagli atti del contratto affidato, come disposto dall'art. 105, comma 8, indica puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici. Così in L. SPATARO, Le nuove regole del subappalto come modificato dal D.L. 77/2021 (c.d. "Semplificazioni bis"), in www.diritto.it, dell'1 dicembre 2021.

[41] Così come chiarito dal Consiglio ANAC nel parere del 6 ottobre 2021.

[42] L. SPATARO, Le nuove regole del subappalto come modificato dal D.L. 77/2021 (c.d. "Semplificazioni bis"), cit. Le categorie superspecialistiche (SIOS) sono quelle che, se superano il 15% dell'importo totale dei lavori, non possono essere subappaltate, ma debbono essere eseguite direttamente dal soggetto affidatario. Ciò comporta che chi partecipa ad una gara con categorie scorporabili superspecialistiche che superano il 15% dell'importo totale dei lavori, e non è in possesso di tali categorie, deve necessariamente costituire un ATI con imprese che abbiano la qualificazione.

[43] A. VETRANO, Subappalto e attività che non configurano subappalto, in www.diritto.it, 13 febbraio 2019

ISSN 2036-7821

subappalto le opere o i lavori, i servizi e le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria e sia in possesso dei requisiti di cui all'art. 80».
La richiesta, al fine di essere considerata idonea ad avviare la procedura autorizzatoria al subappalto, deve essere necessariamente accompagnata da: a) certificato di iscrizione alla Camera di Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato con apposita dicitura antimafia (salva eventuale esenzione per limiti di valore *ex* D.P.R. n. 252/1998); b) copia autentica del contratto di subappalto condizionato al rilascio della futura autorizzazione; c) documentazione comprovante l'effettiva qualificazione *ex* D.P.R. n. 34/2000 (attestazione SOA o requisiti *ex* art. 28); d) documentazione comprovante il possesso dei requisiti generali *ex* art. 75 D.P.R. n. 554/1999; e) dichiarazione riguardante l'esistenza o meno di un'eventuale situazione di controllo o collegamento fra appaltatore e subappaltatore *ex* art. 2359 c.c.; f) modello G.A.P.[44] debitamente compilato[45].
Il termine per il rilascio dell'autorizzazione è di 30 giorni, prorogabile solo una volta ed in caso di giustificati motivi. Nel caso di subappalti di importo inferiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate, o di importo inferiore a 100 mila euro, il termine è ridotto a 15 giorni[46].
Qualora la documentazione sia incompleta o errata, i termini per il rilascio dell'autorizzazione sono interrotti a far data dalla richiesta formale di integrazione da parte della stazione appaltante fino alla presentazione da parte dell'impresa dell'integrazione richiesta. Decorso infruttuosamente il termine di cui innanzi (che in ogni caso può essere prorogato per una sola volta e per motivate esigenze istruttorie[47]), il silenzio della P.A. è qualificabile come assenso.
Pertanto, ed in ragione di quanto fin qui esposto, ben può definirsi l'autorizzazione al subappalto come il provvedimento attraverso il quale la P.A. rimuove, in via preventiva, un limite legale all'esercizio di un'attività inerente ad un diritto soggettivo, o ad una potestà pubblica, preesistente in capo al destinatario[48]. Può perciò fondatamente inferirsi che l'autorizzazione al subappalto è un provvedimento amministrativo che si caratterizza per:

- l'apprezzamento discrezionale della P.A. in funzione preventiva;
- l'esistenza di un limite legale da rimuovere all'esercizio di un diritto/interesse legittimo preesistente in capo al destinatario;

[44] Deve ritenersi che tale documento adempia ad un'essenziale funzione di tutela dell'ordine pubblico, quale indefettibile strumento conoscitivo ai fini della lotta contro le infiltrazioni della delinquenza mafiosa, ora abrogato implicitamente dal decreto legge 29 ottobre 1991 n. 345, art. 2 co. 2-quarter.
[45] A. VALLETTI, Il subappalto, Milano, 2005, 120.
[46] INAIL, Istruzioni per la presentazione delle istanze di autorizzazione al subappalto, in www.inail.it.
[47] Lavori pubblici-istruzioni operative per la redazione dell'istanza di autorizzazione al subappalto, in www.comune.sanlazzaro.bo.it.
[48] E. CASETTA, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2004, 291.

ISSN 2036-7821

- la rimozione del limite legale[49].

In realtà, già la legge n. 55/1990 aveva qualificato il provvedimento *de quo* come '*autorizzazione*', contrariamente a quanto aveva stabilito l'art. 339 della legge n. 2248/1865, allegato F, che, invece, lo qualificava come mera '*approvazione*' di subappalto[50].

2.11 Il subappalto nella bozza di riforma 2023: la conferma dell'art. 105 D.Lgs. n. 50/2016

La recentissima riforma del Codice degli appalti pubblici del 2016, che oramai è in sede di conclusione, non propone alcuna novità di rilievo sul profilo qui di interesse. Ed infatti, l'art. 119 della bozza di riforma 2023, nel riprendere la definizione di subappalto come di «contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, con organizzazione di mezzi ed a suo rischi a carico del subappaltatore», ripropone le previsioni del D.Lgs. n.50/2016 in punto di subappalto, reiterandone condizioni di ammissibilità oltrechè modalità autorizzatorie. Non a caso, il co. 16 – analogamente a quanto aveva già previsto il co. 18 dell'art. 105 D.Lgs. n. 50/2016 – per un verso, dispone che «l'affidatario che si avvale del subappalto o del cottimo deve allegare alla copia autentica del contratto dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio»; per altro verso, statuisce che «la stazione appaltante rilascia l'autorizzazione di cui al comma quattro entro 30 giorni dalla relativa richiesta; tale termine può essere prorogato una sola volta, quando ricorrano giustificati motivi»; per altro verso ancora stabilisce che «trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa».

3. La natura giuridica dell'autorizzazione al subappalto

Non ha mancato di sollevare contrasti, specie in dottrina, la questione della natura giuridica del provvedimento autorizzatorio al subappalto. Ed infatti, ci si è domandato: 1. se l'autorizzazione fosse un atto negoziale ovvero amministrativo; 2. se detta autorizzazione fosse un atto vincolato ovvero discrezionale.

Relativamente al primo dei due quesiti formulati, è certamente minoritario l'orientamento dottrinale che qualifica l'autorizzazione al subappalto come atto negoziale[51]. E questo in ragione della possibilità riservata alla stazione appaltante di

[49] L. DELFINO, F. DEL GIUDICE, Diritto amministrativo, Napoli, 2003, 366.

[50] L'approvazione, tecnicamente, differisce dall'autorizzazione in quanto interviene in un momento successivo all'emanazione dell'atto: opera sugli effetti e non in chiave preventiva.

[51] G. SALA, L'appalto di opere pubbliche, Padova, 2001, 608.

ISSN 2036-7821

consentire o meno l'utilizzo del subappalto in virtù di sue valutazioni insindacabili[52]. Largamente dominante è, infatti, l'orientamento che, partendo dalla lettera dell'art. 18 L. n. 55/1990 (sull'autorizzazione al subappalto) e avendo riguardo allo specifico all'istituto del silenzio-assenso (che si forma in caso di reticenza della stazione appaltante protratta per trenta giorni dalla data di presentazione della richiesta al subappalto), conclude per la natura amministrativa dell'atto di autorizzazione di che trattasi. Del resto, a corroborare tale conclusione sovviene altresì il potere di autotutela che compete alla stazione appaltante nei riguardi del silenzio-assenso dopo il decorso infruttuoso dei trenta giorni[53].

Più problematica è, di contro, la risposta al quesito del se l'autorizzazione al subappalto sia da considerare un atto vincolato ovvero discrezionale. Questo perché, se il procedimento autorizzatorio si connota per la discrezionalità della PA, allora, a fronte dell'esercizio del potere pubblico da parte della stazione appaltante, sussisterà una situazione di interesse legittimo del potenziale subappaltatore. Se, al contrario, il procedimento autorizzatorio si caratterizza per la sua vincolatività, la situazione giuridica soggettiva facente capo al potenziale subappaltatore non potrà che essere di diritto soggettivo[54].

Il dato normativo pare faccia propendere per la natura di atto vincolato, anche perché, prima di autorizzare, la stazione appaltante deve preventivamente verificare se:

1. la richiesta abbia ad oggetto l'esecuzione delle opere indicate nell'atto dell'offerta;
2. che il subappaltatore sia in possesso dei requisiti;
3. che i prezzi praticati dal subappaltatore non concretizzino un ribasso ulteriore rispetto a quello di aggiudicazione (superiore al 20%).

Acclarata la esistenza di detti presupposti, la stazione appaltante non può che autorizzare il subappalto[55]. Se così è, allora, e a giudizio della dottrina maggioritaria, alcuna discrezionalità amministrativa può rinvenirsi nell'autorizzazione al subappalto[56].

4. *Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di provvedimenti di autorizzazione e di diniego al subappalto*

La giurisprudenza, tanto civile quanto amministrativa, perlopiù ha dibattuto su quale fosse il Giudice fornito di giurisdizione (G.A. o G.O.) nel caso in cui la stazione appaltante negasse l'autorizzazione al subappalto.

Pertanto, l'oggetto di indagine verrà circoscritto alla ricognizione del consolidato

[52] A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, L'appalto di opere pubbliche, Milano, 1999, 325.
[53] CdS, sez. IV, sent. 27 ottobre 1998, n. 1394.
[54] A. VALLETTI Il subappalto, Milano, 2005, 123.
[55] A. CANCRINI, F. PETRULLÀ, Subappalto di lavori, forniture e servizi, Roma, 2003, 43.
[56] G. SALA, L'appalto di opere pubbliche, Padova, 2001, 611.

ISSN 2036-7821

orientamento giurisprudenziale (pacifico in sede tanto civile quanto amministrativa) al fine ultimo di dimostrare – eccezion fatta per qualche marginale pronuncia –, la tendenziale convergenza, oltre che stabilità, degli orientamenti fino a poco fa professati, dal G.A. e dal G.O., sulla identificazione del Giudice avente giurisdizione quando debba delibarsi sul diniego di autorizzazione al subappalto.
Scrutinata la sentenza n. 171/2022 del Consiglio di Stato, verrà dunque ad inferirsi che la originalità del *revirement* è rinvenibile nel rilievo dato, non più solo alla 'fase contrattuale' in cui ci si trova (pubblicistica ovvero privatistica), quanto piuttosto alla 'attività' (di diritto pubblico ovvero di diritto privato) esercitata dalla P.A. nel momento del diniego di autorizzazione al subappalto e, conseguentemente, alla natura della situazione giuridica soggettiva (di diritto soggettivo o di interesse legittimo) del frontista dell'azione amministrativa. Con la sentenza n. 171 del 10 gennaio 2022, infatti, i Giudici di Palazzo Spada, discostandosi dagli orientamenti fino ad allora professati, per il diniego di autorizzazione al subappalto, declinano la giurisdizione in favore del giudice amministrativo, escludendo quella del giudice ordinario!

4.1 *L'orientamento tradizionale*
Per lungo periodo la Cassazione a Sezioni Unite, dando rilievo al principio secondo cui rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successivi alla stipulazione del contratto[57], concludeva nel senso che «rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione di gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto; mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario i giudizi relativi alla successiva 'fase contrattuale', concernente l'esecuzione del rapporto»[58]. Questo perché – in conformità all'in allora consolidato orientamento giurisprudenziale – deve essere valorizzato il momento in cui interviene l'atto censurato: il diniego di autorizzazione al subappalto, del resto, non attiene alle procedure di affidamento di cui all'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. trattandosi, piuttosto, di una modalità esecutiva della prestazione rimessa alla determinazione delle parti, che si porrebbero su di un piano paritetico assimilabile a quello dell'appaltante privato ai sensi dell'art. 1656 c.c.
Da tali precedenti, il Giudice civile inferiva quindi che, non assumendo rilevanza alcun potere discrezionale o comunque pubblicistico, il relativo contenzioso – conseguente al diniego di subappalto – non poteva che essere conosciuto dal G.O.!
Nello stesso senso si muoveva la prevalente giurisprudenza amministrativa. In più pronunce, infatti, il G.A. aveva argomentato che «rientrano nella giurisdizione del

[57] Cass. civ., SS. UU., ord. 10 aprile 2017, n. 9149; Cass. civ. SS. UU., sent. 31 maggio 2016, n. 11366.
[58] Ex multis Cass. Civ, SS.UU., sent. 03 maggio 2017, n. 10705; conforme Cass. civ., sent. 21 maggio 2019 n. 13660.

ISSN 2036-7821

giudice ordinario le controversie relative alla legittimità del diniego di autorizzazione al subappalto opposto dalla stazione appaltante alla ditta aggiudicataria, atteso che la questione giuridica in discussione attiene alla fase esecutiva del rapporto contrattuale»[59]. Orientamento, questo, decisamente maggioritario nella giurisprudenza amministrativa nonostante la presenza di qualche sparuta pronuncia con la quale, al contrario, si sosteneva che, essendo l'autorizzazione, ovvero il diniego di autorizzazione, atti amministrativi rispetto ai quali i privati vantano posizioni d'interesse legittimo, la cognizione sull'autorizzazione al subappalto, ovvero sul suo diniego, spettava al giudice amministrativo.

Ed invero, anche nel novembre 2021 il G.A., chiamato nuovamente a pronunciarsi sulla fattispecie in cui «la stazione appaltante aveva opposto un diniego parziale al subappalto (o meglio una revoca parziale del subappalto già autorizzato dopo trenta giorni dalla relativa richiesta), escludendo dall'autorizzazione una voce di prezzo, in quanto il ribasso operato dal subappaltatore per la posa in opera era risultato essere superiore al 20%», aveva statuito che «considerando la specifica motivazione opposta all'avversato diniego nella fattispecie in esame, correlata all'eccessivo sconto praticato (peraltro sulla scorta di una previsione, quella dell'art. 105 del D. Lgs. 50/2016, che riprende quella dell'art. 118 del D. Lgs. 163/2006, dichiarata non conforme al diritto europeo con sentenza 27 novembre 2019, causa C-402/18) e non anche ad aspetti connessi alla individuazione del subappaltatore in termini di verifica dei necessari requisiti, [bisognava] aderire all'orientamento maggioritario che conduce ad escludere la giurisdizione del giudice amministrativo»[60], declinando, in conseguenza, la giurisdizione in favore del giudice ordinario.

Il Tar Lombardia-Brescia, difatti, nella sentenza n. 975/2021, a prescindere dal fatto che il limite del ribasso non superasse il 20 % delle opere appaltate (giusta divieto di cui al co. 14 dell'art. 105, in oggi eliminato dal decreto semplificazioni, il D.L. n. 77/2021, convertito in legge 29 luglio 2021, n. 108), ha ritenuto di attribuire rilievo determinante al fatto che il diniego fosse stato fondato, esclusivamente, sulla pedissequa applicazione di una norma (non più in vigore al momento dell'adozione del provvedimento impugnato) destinata a disciplinare il rapporto obbligatorio intercorrente tra stazione appaltante e appaltatore e la sua esecuzione, escludendo ogni esercizio di potere pubblico.

4.2 *Il revirement del Consiglio di Stato nella sentenza n. 171/2022*

Il Consiglio di Stato, nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione, risolve invece il dubbio di giurisdizione sul provvedimento di autorizzazione o di diniego al

[59] Ex plurimis, Tar Lazio-Roma, sez. III, sent. 6 aprile 2016, n. 4181.
[60] Tar Lombardia-Brescia, sez. II, sent. 19 novembre 2021 n. 975

ISSN 2036-7821

subappalto sostenendo che «nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla concreta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nel scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara». Ciononostante «la non riconducibilità dei prescritti poteri a quelli propri di un rapporto paritetico non si traduce in una diminuzione di tutela della società appaltata essendovi, al contrario, un rafforzamento della sua posizione secondo lo statuto tipico del procedimento amministrativo, in primis per la necessità che l'attività autorizzativa al subappalto sia esercitata in coerenza con il pubblico interesse sotteso al contratto di appalto».
I Giudici di Palazzo Spada, infatti, argomentano che, sebbene ci si trovasse già nella fase successiva alla stipula del contratto di appalto, al diniego parziale di subappalto aveva fatto «riscontro la soggezione della società appaltata, alla quale e(ra) riconosciuto l'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla prima, sicché la controversia relativa al legittimo esercizio di tale potere rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo»[61].

4.3 *La vicenda sostanziale e processuale che ha originato la sentenza n. 171/2022*
La vicenda delibata con la sentenza n.171/2022 del Consiglio di Stato[62] origina dall'appello presentato avverso la sentenza n. 975/2021 del Tar Lombardia-Brescia[63].
L'Appaltatore SALC SpA, nel corso dell'esecuzione dell'appalto per la realizzazione del raccordo autostradale (tra l'autostrada A/4 e la Val Trompia-Tronco Ospedaletto, tratto Concesio/Sarezzo), aveva chiesto al Committente, l'autorizzazione a procedere, con urgenza, al subappalto di taluni lavori '*specialistci*', essendo gli stessi propedeutici alla realizzazione di una parte dell'opera principale. Ad autorizzazione già concessa, stante il decorso del termine di trenta giorni dalla ricezione della richiesta di autorizzazione, la Committente frapponeva un parziale diniego al subappalto, o meglio, «*una revoca parziale al subappalto già autorizzato dopo trenta giorni dalla relativa richiesta*», in quanto il ribasso operato dal subappaltatore era risultato superiore al 20%. Poiché l'impossibilità di subappaltare le lavorazioni '*speciali*' aveva comportato la irrealizzabilità dell'intera opera, l'Appaltatore ricorreva al Giudice amministrativo affinchè, disposta l'applicazione delle misure cautelari (stante l'urgenza delle lavorazioni da far svolgere al subappaltatore), accogliesse la formulata richiesta di annullamento del provvedimento di diniego parziale al subappalto, reso dalla Committente.
Il Tar Lombardia, sezione distaccata di Brescia, chiamata a decidere sulla vicenda,

[61] CdS, sent. 10 gennaio 2022, n. 171.
[62] CdS, sez. V, sent. 10.01.2022 n. 171
[63] TAR Lombardia-Brescia, sez. II, sent. 19.11.2021 n. 975.

ISSN 2036-7821

con la sentenza n. 975/2021, preliminarmente, affrontava la sottesa questione giuridica della giurisdizione sul provvedimento di autorizzazione, o di diniego, al subappalto, risolvendosi per la remissione al Giudice ordinario.
La decisione veniva quindi impugnata dall'Appaltatore innanzi al Consiglio di Stato il quale, considerata ammissibile la questione, in antitesi alle conclusioni del Giudice di prime cure, dichiarava, per i provvedimenti di autorizzazione o di diniego al subappalto, la giurisdizione del G.A.

4.4 *La questione giuridica oggetto della sentenza e il decisum*
Con la sentenza n. 171/2022 i Giudici della V sezione del Consiglio di Stato, pur tenendo conto dell'orientamento giurisprudenziale fino ad allora pressoché pacifico – cui tra l'altro, si era conformato anche il Tar Lombardia-Brescia con la decisione n. 975/2021 –, formula le sue osservazioni in punto di diritto partendo dal dato normativo di riferimento e, cioè, dall'art. 133, co.1, lett. e) del c.p.a. ai sensi del quale «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».
Ciò premesso, il G. A., rammentando che la stipula del contratto in esito allo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica rappresenta, tradizionalmente, il momento distintivo tra la fase pubblicistica e la fase privatistica, conclude per la sua – fisiologica – giurisdizione sulle controversie a dir così '*pubblicistiche*' del contratto (attinenti, cioè, al momento anteriore alla stipula del contratto), e per la giurisdizione del G.O. sulle controversie cc.dd. '*privatistiche*' (riguardanti, cioè, la fase di esecuzione del rapporto contrattuale).
Il Consiglio di Stato, infatti, dapprima, precisa che «nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le 'procedure di affidamento' strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue – con la 'stipula del contratto' e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario. La distinzione emerge, con particolare evidenza, dall'art. 30, co. 8, del D.Lgs. n. 50/2016 dove si contrappongono: a) le 'procedure di affidamento' che, in quanto ricomprese, come specie nel genere, nelle 'attività

ISSN 2036-7821

amministrative' sono assoggettate alle disposizioni di ordine generale e paradigmatico di cui alla l. n. 241/1990; b) la 'fase di esecuzione' che, in quanto attivata dalla 'stipula del contratto', evoca le regole del codice civile, in quanto non segnatamente derogate da disposizioni di specie». Dipoi, facendo proprio l'orientamento dominante seguito dalla giurisprudenza civile, conclude che per «pacifico orientamento elle SS.UU. della Corte di Cassazione, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione della gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto, mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario, i giudizi relativi alla successiva 'fase contrattuale', concernente l'esecuzione del rapporto (ex multis Cass. SS.UU. 3/5/2017, n. 10705; Cass. 21/5/2019 n. 13660)».

Epperò il Supremo Giudice amministrativo, pur aderendo alla tesi che individua nella stipula del contratto la '*linea di confine*' ai fini della individuazione della giurisdizione del G.A. piuttosto che del G.O., prende atto che, tuttavia, «vi sono fattispecie connotate da peculiarità tali da costituire delle deroghe a tale principio, in cui il criterio di riparto si fonda sulla situazione giuridica fatta valere». In ipotesi siffatte, perciò, al fine di individuare il giudice avente giurisdizione, bisogna prioritariamente indagare la natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e, soprattutto, l'agire della P.A. al fine ultimo di accertare se esso agire della «stazione appaltante atten(ga) ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed (sia) collegato all'esercizio di un potere [poiché in tali evenienze], sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo. Tale *discrimen* è determinante, tenuto conto che la valutazione dell'interesse pubblico esclude ogni rapporto paritetico, anche se sussiste un vincolo contrattuale tra le parti».

Il G. A. giunge alla conclusione da ultimo riportata perché – fondatamente – rileva che, pure nella fase privatistica del contratto (successiva alla sua stipula), la P.A. si trova sempre, rispetto alla controparte, in una posizione di parità solo '*tendenziale*' giacché, anche in tale fase, ben può verificarsi la necessità di suo un intervento autorizzativo, che esiti ad una valutazione operata al fine di tutelare il primario interesse pubblico. Ed è proprio questo il caso verificatosi nella fattispecie portata alla sua attenzione: la P.A. appaltante aveva espresso un diniego parziale di autorizzazione al subappalto, sul rilievo di elementi preesistenti e riconducibili alla procedura di gara esercitando, di fatto, un potere pubblicistico contrapposto ad un interesse legittimo del privato.

Essendo tali i fatti nella decisione qui in commento, acclarato che alla posizione di supremazia espressa dalla stazione appaltante aveva fatto da *pendat* la posizione di soggezione della società appaltata (cui, pertanto, non poteva che ascriversi una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla stazione appaltante), si è concluso per la giurisdizione del

ISSN 2036-7821

G.A. sul provvedimento di diniego di autorizzazione al subappalto.
La tenuta del ragionamento fatto dai Giudici di Palazzo Spada va quindi verificata, anche e soprattutto tenendo conto delle decisioni amministrative che fino alla sentenza n. 171/2022, dando rilievo alla '*fase*' – pubblicistica ovvero privatistica – della procedura di evidenza pubblica in cui sorgeva la controversia, ne facevano discendere dirette conseguenze in punto di giurisdizione del G.O. piuttosto che del G.A. E ciò, a prescindere dalla natura della situazione giuridica soggettiva che si assumeva lesa.

4.5 *Ricostruzione critica delle ragioni del Consiglio di Stato*
Il Consiglio di Stato, nella sentenza testé richiamata tiene anzitutto in debita considerazione le difese articolate dall'appellante il quale aveva rammentato che «secondo il convergente orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e di questo Consiglio di Stato, la controversia concernente un'ipotesi di diniego di autorizzazione al subappalto, quale quella oggetto del presente giudizio, è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che trattasi di un giudizio avente ad oggetto la sussistenza delle condizioni per il ricorso al subappalto da parte dell'aggiudicatario di una gara pubblica, le quali rappresentano il presupposto per il perseguimento e la tutela dell'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario e, quindi, ad evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, con modifiche sostanziali dell'assetto di interessi scaturito dalla gara, a vanificare l'interesse pubblico». Del resto – così continua il consesso amministrativo – l'art. 133, co. 1, lett. e) del c.p.a. prevede che «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge […] le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».
Facendo tesoro della previsione di cui all'art. 133, il G.A. viene quindi a focalizzare la sua attenzione sulle procedure finalizzate alla scelta del contraente al fine ultimo di mettere in rilievo che, nella tradizionale struttura 'bifasica' dei contratti ad evidenza pubblica, «le 'procedure di affidamento' strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue – con la 'stipula del contratto' e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni

ISSN 2036-7821

essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario. La distinzione emerge, con particolare evidenza, dall'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 dove si contrappongono: a) le 'procedure di affidamento' che, in quanto ricomprese, come specie nel genere, nelle 'attività amministrative'sono assoggettate alle disposizioni di ordine generale e paradigmatico, di cui alla l. n. 241/1990; b) la 'fase di esecuzione' che, in quanto attivata dalla'stipula del contratto', evoca le regole del codice civile, in quanto non segnatamente derogate da disposizioni di specie».

Precisato che la stipula del contratto segna, tradizionalmente, il 'confine' tra tutto ciò che si verifica prima di essa stipula, e che in ogni caso spetta alla cognizione del G.A. trattandosi di un momento, a dir così, pubblicistico, e ciò che avviene dopo essa stipula, e che in ogni caso spetta alla cognizione del G.O. trattandosi di un momento, a dir così, privatistico, il Consiglio di Stato, conclude, quindi, per il richiamo al criterio di riparto della giurisdizione che, com'è noto, si fonda sulla natura della situazione giuridica soggettiva la quale si assume lesa. Perciò – continuano i Giudici di Palazzo Spada – «ogni volta che l'agire della stazione appaltante attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed è collegato all'esercizio di un potere da parte dell'Amministrazione, sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo. Tale *discrimen* è determinante, tenuto conto che la valutazione dell'interesse pubblico esclude ogni rapporto paritetico, anche se sussiste un vincolo contrattuale tra le parti. Ne consegue che, nella fase privatistica, l'Amministrazione si pone con la controparte in una posizione di parità che si può definire [solo] 'tendenziale', in quanto può sempre verificarsi l'ipotesi che l'intervento autorizzativo sia espressione di una valutazione operata al fine primario dell'interesse pubblico. In tal caso, appare all'evidenza l'insussistenza tra le parti (pubblica e privata) di un rapporto giuridico paritetico, che invece si ravviserebbe in situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici». Or dunque, nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione, la stazione appaltante aveva negato, parzialmente, l'autorizzazione al subappalto sul rilievo di elementi preesistenti e riconducibili alla procedura di gara «esercitando un potere pubblicistico, contrapposto ad un interesse legittimo del privato, in quanto espressamente riferito ai criteri fissati dalla '*lex specialis*'»[64].

Il Consiglio di Stato, nel caso sottoposto alla sua attenzione, conclude insomma che, tra la stazione appaltante e la società appaltata, non era dato rinvenire alcuna posizione paritetica. Sebbene ci si trovasse già nella fase successiva alla stipula del contratto di appalto, al diniego parziale di subappalto faceva «riscontro la soggezione della società appaltata, alla quale e(ra) riconosciuto l'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla prima, sicché la controversia relativa al legittimo esercizio di tale potere rientra nella giurisdizione del giudice

[64] CdS, sent. 19 febbraio 2014, n. 769.

ISSN 2036-7821

amministrativo»[65].

Conclusione, quella poc'anzi riferita, che, a ben vedere, trovava il *placet* anche del Supremo Giudice civile il quale – qualche anno prima e quando l'orientamento era a dir poco minoritario – aveva precisato che se, per un verso, è vero che «successivamente alla stipula del contratto conseguente a un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie insorte durante la fase di esecuzione del contratto rientrano […] nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato», per altro verso è vero anche che, qualora la «amministrazione committente eserciti poteri autoritativi espressione di discrezionalità valutativa, a fronte [di essi poteri] la posizione soggettiva del privato si atteggia a interesse legittimo»[66].

Del resto ad una siffatto risultato – così si legge nella sentenza n. 171/2022 –, non osta il fatto che «nella specie, sia intervenuta la stipula del contratto e che si trovi nella fase della esecuzione del rapporto, in quanto l'utilizzo di strumenti privatistici è, infatti, incompatibile solo in linea generale con il 'perseguimento del pubblico interesse', come sancito dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a proposito degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo (in questo senso: cfr. Corte cost. 6 luglio2004, n. 204). Inoltre, in ogni fattispecie di utilizzo di istituti propri del diritto civile prevale presso la giurisprudenza la tesi secondo cui la pubblica amministrazione mantiene le prerogative di autorità pubblica: tanto nella fase prodromica alla conclusione dei contratti (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno2010, n. 11, con riguardo alla costituzione o partecipazione in società), quanto nel corso del rapporto con il privato una volta stipulato il contratto (così: Cons. Stato, Ad. plen. 20 giugno 2014, n.14, che ha riconosciuto perdurante il potere di autotutela amministrativa nel corso dell'esecuzione di un contratto di appalto pubblico)». Pertanto, «dai rilievi espressi, deve ritenersi che nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla corretta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nella scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara».

Il Consiglio di Stato, in definitiva, pur partendo dall'assunto fondamentale che, in linea generale, la stipula del contratto segna il punto di 'confine' ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, considera che, nello specifico, possono esservi delle fattispecie le quali, pur sorgendo nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto e, quindi, a contratto ormai stipulato e avviato, costituiscono, tuttavia, una deroga al principio di carattere generale, giustificata

[65] CdS, sent. 10 gennaio 2022, n. 171.

[66] Cass. civ., SS. UU., sent. 18 novembre 2016, n. 23468.

ISSN 2036-7821

dall'*agere* dell'Amministrazione. Ed infatti, quando l'agire della P.A. attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico viene in rilievo l'esercizio di un potere rispetto al quale l'unico Giudice chiamato a dirimere la controversia non può che essere quello Amministrativo. Anche perché, con riguardo specifico al diniego di autorizzazione al subappalto, la stazione appaltante esercita di fatto un potere pubblicistico che è direttamente connesso ad elementi preesistenti, riconducibili alla fase della gara. E perciò, l'interesse del privato frontista dell'azione amministrativa, non può che essere declinato nella forma dell'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi, divenendo totalmente irrilevante la circostanza che la fase nella quale ci si trovi attenga o meno a quella strettamente contrattuale.
Più esattamente: «deve ritenersi che nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla corretta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nella scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara». Cionondimeno, «la non riconducibilità dei prescritti poteri a quelli propri di un rapporto paritetico non si traduce in una diminuzione di tutela della società appaltata, essendovi, al contrario, un rafforzamento della sua posizione secondo lo statuto tipico del procedimento amministrativo, in primis per la necessità che l'attività autorizzativa al subappalto sia esercitata in coerenza con il pubblico interesse sotteso al contratto di appalto».

5. *Considerazioni conclusive*

Alla luce del ragionamento sin qui svolto, sembra potersi fondatamente propendere per l'accoglimento della tesi che riconosce la giurisdizione del G.A. sui provvedimenti di autorizzazione, o di diniego, al subappalto. In favore di tale assunto militano sia le ragioni a sostegno dell'orientamento espresso dal Consiglio di Stato nella decisione del gennaio 2022, sia le ragioni ostative all'accoglimento della posizione che, all'opposto e fino al recente *revirement*, riconosceva la giurisdizione del G.O.
Con riguardo alle prime, si deve ribadire che, il CdS, nella sentenza n. 171/2022, richiamato il criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa, sostiene, in conseguenza, che «ogni volta che l'agire della stazione appaltante attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed è collegato all'esercizio di un potere da parte dell'Amministrazione, sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo. Tale *discrimen* è determinante, tenuto conto che la valutazione dell'interesse pubblico esclude ogni rapporto paritetico, anche se sussiste un vincolo contrattuale tra le parti. Ne consegue che, nella fase privatistica, l'Amministrazione si pone con la controparte in una posizione di parità che si può definire [solo] 'tendenziale', in quanto può

ISSN 2036-7821

sempre verificarsi l'ipotesi che l'intervento autorizzativo sia espressione di una valutazione operata al fine primario dell'interesse pubblico. In tal caso, appare all'evidenza l'insussistenza tra le parti (pubblica e privata) di un rapporto giuridico paritetico, che invece si ravviserebbe in situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici».

Pertanto, il G.A., relativamente alla controversia sottoposta al suo esame, statuisce che, poiché la stazione appaltante aveva negato, parzialmente, l'autorizzazione al subappalto sul rilievo di elementi preesistenti e riconducibili alla procedura di gara, era più che palese l'esercizio, da parte della medesima Appaltante, di «un potere pubblicistico, contrapposto ad un interesse legittimo del privato, in quanto espressamente riferito ai criteri fissati dalla '*lex specialis*'». Ragion per cui, la controversia generata dal diniego autorizzatorio al subappalto non poteva che essere conosciuta dal Giudice amministrativo – e non già da quello ordinario –, nonostante ci si trovasse già nella fase successiva alla stipula del contratto di appalto. E questo poiché, al diniego parziale di subappalto, faceva comunque riscontro una situazione di 'soggezione' della società appaltata la quale rimaneva in ogni caso titolare dell'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi da parte della stazione appaltante!

D'altra parte, gli stessi argomenti utilizzati a sostegno della tesi che aveva riconosciuto la giurisdizione del G.O. sembrano non resistere alle motivate considerazioni contenute nella decisione n. 171/2022: continuare a sostenere che la cognizione delle controversie, in cui si discuta di provvedimenti di autorizzazione o di diniego al subappalto, spetti al G.O. piuttosto che al G. A. per il solo fatto di 'sorgere' nella fase cd. '*privatistica*' del contratto di appalto, evidentemente, rischia di apparire pleonastico oltrechè obsoleto! Ed infatti, se, per un verso, è vero che «successivamente alla stipula del contratto conseguente a un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie insorte durante la fase di esecuzione del contratto rientrano […] nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato»[67], per altro verso è altrettanto vero che, qualora la «amministrazione committente eserciti poteri autoritativi espressione di discrezionalità valutativa», a fronte di essi poteri la posizione soggettiva del privato non può che essere di interesse legittimo, con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione del Giudice amministrativo!

Né osta a siffatta conclusione la circostanza che sia già intervenuta la stipula del contratto, e, dunque, che ci si trovi nella fase di esecuzione del rapporto giacché, l'utilizzo di strumenti privatistici, solo in linea generale, è incompatibile con il '*perseguimento del pubblico interesse*', così come sancito dall'art. 11 L. n. 241/1990 a

[67] Cass. civ.; sent. n. 23468/2016.

ISSN 2036-7821

proposito degli accordi integrativi o sostitutivi. È piuttosto pacificamente dominante in giurisprudenza l'idea che in ogni fattispecie di utilizzo di istituti propri del diritto civile, la P.A. mantiene pur sempre le prerogative di autorità pubblica, tanto nella fase prodromica alla conclusione dei contratti, quanto in quella di esecuzione del rapporto.

Pertanto, «deve ritenersi che nel diniego di autorizzazione al subappalto, gli interessi di carattere generale, pur connessi alla corretta esecuzione del contratto, connotano il momento pubblicistico, il quale si rappresenta nella scelta del subappaltatore nei termini di verifica del rispetto dei criteri fissati dalla procedura di gara»[68]. La controversia che dovesse eventualmente sorgere in ordine al provvedimento autorizzatorio o di diniego di subappalto, quindi, non potrebbe che essere attratta alla cognizione del Giudice amministrativo!

[68] CdS, sez. V, sent. 10 gennaio 2022 n. 171.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Tendenze evolutive del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo

di Mario Paladino

(Dottorando di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. – 2. Il sindacato sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere. – 2.1. Lo sviamento di potere. – 2.2. Il difetto di motivazione. – 2.3. La illogicità della scelta. – 2.4. I principi di ragionevolezza e proporzionalità. – 2.5. Il difetto di istruttoria e il travisamento dei fatti. – 2.6. La disparità di trattamento. – 2.7. La contraddittorietà fra più atti di una medesima P.A., la violazione di norme interne e la violazione di una prassi amministrativa consolidata. – 2.8. La 'sintomaticità'. – 3. L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'area del merito amministrativo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. – 4. La sindacabilità del merito in sede amministrativa giustiziale secondo la giurisprudenza. – 5. Spunti ricostruttivi. – 6. Brevi conclusioni.

Abstract

The subject of this study is the reviewability of the administrative merit in the jurisdictional and judicial administrative headquarters in the Italian legal system.
Administrative merit, as noted in the doctrine, means the "convenience and opportunity of the choice" that the Public Administration (henceforth Public Administration) "is called upon to make by law" .
It is known that, apart from the hypotheses of jurisdiction on the merits - and provided that it is argued that, in such hypotheses, the judicial authority can exercise in place of the P.A. the administrative power -, strictly provided for by law, the administrative judge (henceforth GA) cannot question the convenience and opportunity of the choice of the PA And yet, since the P.A., in making the choice, must in any case act in accordance with the reference regulatory paradigm, the G.A. can investigate the merits of it, in order to verify whether this has been exercised illegitimately, invalidating the relative deed due to excess of power.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il presente studio ha ad oggetto la sindacabilità del merito amministrativo in sede giurisdizionale e in sede amministrativa giustiziale nell'ordinamento italiano.

Per merito amministrativo, come si è rilevato in dottrina, si intende la «convenienza ed opportunità della scelta» che la Pubblica Amministrazione (d'ora innanzi P.A.) «è dalla legge chiamata ad effettuare»[1].

È noto che, all'infuori delle ipotesi di giurisdizione di merito – e sempre che si sostenga che, in tali ipotesi, l'autorità giurisdizionale possa esercitare in luogo della P.A. il potere amministrativo[2] –, tassativamente previste dalla legge, il giudice

[1] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 415. I termini 'convenienza' e 'opportunità' non appaiono sinonimici. Secondo il Vocabolario *on line* Treccani, è 'conveniente' ciò che è «Utile, vantaggioso»; è opportuno, invece, ciò «Che viene a proposito, che è adatto alle condizioni del momento, alle necessità o al desiderio». Sul piano giuridico la differenza sembra palesarsi con evidenza: ad esempio, un provvedimento amministrativo può, nel contempo, risultare conveniente per le finanze pubbliche, ma non opportuno ai fini della attuazione dell'indirizzo politico, e viceversa. Lo stesso A., peraltro, poco oltre avverte che «l'area del merito amministrativo è rappresentata dall'insieme costituito» non solo «da tutte le innumerevoli, possibili, soluzioni di composizione» fra interesse pubblico specifico e interessi secondari «che la P.A. può in astratto scegliere di assumere con il provvedimento», ma anche «dalla scelta del criterio tecnico-scientifico per rilevare la sussistenza dei presupposti dell'azione» (p. 417). Del resto, come osserva P.G. PONTICELLI, voce *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, 1990, p. 1, «merito amministrativo equivale a "opportunità". La riflessione sulla realtà della giurisprudenza pone però in luce un significato più ampio e complesso (pur sfuggente e discusso) peculiare della materia, irriducibile alla composizione degli interessi operata dall'atto […]. Esso emerge dall'insieme di tre profili: *a*) rappresentazione dei fatti, ancorché suscettibili di varie versioni, posta a base della decisione dell'autorità (*percezione della realtà*); *b*) qualificazione e/o valutazione dei fatti, operata dall'autorità quale presupposto dell'applicazione della norma giuridica, alla stregua di criteri o regole di discipline non giuridiche, specie tecniche e scientifiche, quando il loro impiego presenti un certo grado di soggettività (c.d. *discrezionalità tecnica*); *c*) composizione degli interessi implicati nell'azione dell'autorità come oggetto della sua scelta – nei diversi casi – circa emanazione, contenuto, tempi o modalità dell'atto (*discrezionalità amministrativa*)». Siffatti profili, nella opinione dell'A., sono accomunati dalla «soggettività dei criteri di valutazione» (p. 6). Per una compiuta ricognizione delle posizioni dottrinali sul concetto di merito amministrativo ed una organica ricostruzione dello stesso, si v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013.

[2] Ciò non è pacifico in dottrina, una parte di essa ritenendo che, nelle ipotesi di giurisdizione di merito, al giudice amministrativo sia riconosciuta semplicemente la capacità di delibare il fatto. Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 105 ss., 112: «Oltre ad essere eccezionale […], la "giurisdizione" di merito è aggiuntiva rispetto alla giurisdizione di legittimità. Con ciò la dottrina tradizionale intende che la cognizione di merito si aggiunge e non si sostituisce a quella generale di legittimità, dovendo il giudizio di legittimità precedere quello di merito. Questo carattere sembrerebbe confermato anche dall'art. 7, comma 6, c.p.a., che […] parla di "giurisdizione con cognizione estesa al merito". Ciò che da sempre è meno pacifico, in dottrina, è quali siano i caratteri aggiuntivi della "giurisdizione" di merito rispetto a quella di legittimità. L'interrogativo di fondo, che non è mai stato univocamente risolto, atteneva a cosa dovesse intendersi per giurisdizione "anche in merito", oscillandosi fra la tesi di una giurisdizione aperta alla piena cognizione dei fatti oggetto della controversia ed una cognizione che si estendeva invece a valutazioni di opportunità amministrativa. In realtà, storicamente, le materie attribuite alla giurisdizione propria del Consiglio di Stato si prestavano ad un giudizio che si estendeva naturalmente ad una piena cognizione dei fatti oggetto della controversia, in rapporto alle norme giuridiche da applicare; il giudizio di merito inteso invece come giudizio di opportunità amministrativa costituiva, invece, un aspetto residuale. In talune delle materie della giurisdizione di merito, era addirittura impossibile anche astrattamente ipotizzare una valutazione di opportunità

ISSN 2036-7821

amministrativo (d'ora innanzi G.A.) non può sindacare la convenienza e opportunità della scelta della P.A. E però, dovendo comunque la P.A., nell'effettuare la scelta, agire conformemente al paradigma normativo di riferimento, il G.A. può indagare *sul* merito di essa, al fine di verificare se questo sia stato esercitato illegittimamente, inficiando il relativo atto per eccesso di potere[3].

Ora, non sembra revocabile in dubbio che individuare in concreto i confini del controllo giurisdizionale sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere non costituisca una operazione agevole e dall'esito pacifico. Il fatto che il giudice, al fine di rilevare il vizio in parola, debba in qualche modo riflettere sulla opportunità della scelta della P.A., senza però rivisitarla, rende, com'è perspicuo, la qualità della sua indagine assai incerta[4].

---

del provvedimento impugnato (e ciò è così anche alla luce del c.p.a.: si pensi, ad esempio, alle controversie concernenti le operazioni elettorali)».

[3] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., pp. 549 ss.

[4] Il tema del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo è stato trattato in numerosi studi. Fra questi, si v.: T. ALIBRANDI, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, fasc. 1, pp. 55 ss.; T. ANCORA, *Il vizio di eccesso di potere negli atti amministrativi e sua rilevanza nella fase del loro controllo*, in *Cons. Stato*, 1983, fasc. 8-9, pt. 2, pp. 1015 ss.; F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo* [Relazione al Convegno "Giornate di studio sulla giustizia amministrativa. Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica, Rapolano Terme (Si), 8-9 giugno 2018], in *federalismi.it*, 2018, fasc. 17; G. BARONE, voce *Discrezionalità, I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XI, 1989; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, vol. I, pp. 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.; L. BENVENUTI, *Brevi note sulla effettività della tutela giurisdizionale* (Relazione al Convegno "Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri", Lucera, 22-23 giugno 2018), in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 7; A. BERTOLDINI, *La tripartizione dell'invalidità nella giurisprudenza amministrativa* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, 13/2/1997, n. 272), in *Dir. proc. amm.*, 1999, fasc. 3, pp. 759 ss.; E. CARDI, S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, 1990, pp. 341 ss.; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, fasc. 2, pp. 635 ss.; G. CORAGGIO, *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali* (Relazione al Convegno su "Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali" organizzato dal C.I.S.A., L'Aquila, 12-13 ottobre 1979), in *Nuova rass.*, 1981, fasc. 14, pp. 1389 ss.; ID., voce *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, 1976, pp. 130 ss.; M. D'AMELIO, A. AZARA, voce *Eccesso di potere*, in *Nss. dig. it.*, vol. VI, 1975, pp. 344 ss.; A. DE SIANO, *Il giudice amministrativo come "giudice naturale" della conformazione al giudicato dell'attività amministrativa: esigenze di concentrazione della tutela e limiti al potere di sostituirsi alla p.a. alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale sul giudizio di ottemperanza*, in *GiustAmm.it*, 2013, fasc. 10; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo, Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Cedam, Padova, 2017; B.D. FRAUDATARIO, *Note in tema di sviamento ed eccesso di potere nell'ordinamento dell'Unione Europea ed in quello italiano* (Nota a Trib. UE, sez. IX, 5/11/2014, causa T-422/11), in *Foro amm.*, 2015, fasc. 6, pp. 1624 ss.; P. GASPARRI, voce *Eccesso, II) eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1965, pp. 124 ss.; A. GUANTARIO, *L'eccesso di potere nel sindacato di legittimità ed esigenza di effettività della tutela giurisdizionale*, in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 7; A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 2018, fasc. 1; F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, fasc. 2, pp. 433 ss.; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, fasc. 4, pp. 939 ss.; V. MAGRINI, *Quando il giudice amministrativo entra nel merito? I limiti del sindacato sulle delibere del C.S.M. di conferimento degli incarichi direttivi secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. AIC*, 2012, fasc. 3; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, fasc. 4, pp. 1677 ss.; F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* (Relazione al Convegno "Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Una riflessione aggiornata in omaggio a

ISSN 2036-7821

Una rivisitazione della convenienza e opportunità della scelta è conseguibile, invece, nei casi previsti dall'ordinamento, in sede amministrativa giustiziale. Secondo l'art. 1, co. 1, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, «Contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza all'organo sovraordinato, per motivi di legittimità *e di merito*; da parte di chi vi abbia interesse» (corsivo di chi scrive)[5].

Viene di interrogarsi, nondimeno, sulla effettiva rilevanza che assume nel diritto vivente il sindacato sul merito appena menzionato. In particolare, posto che alcuni ricorsi amministrativi sono senz'altro proponibili *anche* per motivi inerenti alla opportunità dell'atto impugnato, non pare superfluo chiedersi se gli stessi rimedi possano essere esperiti *esclusivamente* per vizi di merito[6].

Salvatore Mazzamuto", Roma, 17-18 novembre 2017), in *Dir. e proc. amm.*, 2019, fasc. 2, pp. 281 ss.; F. MODUGNO, voce *Eccesso di potere, I) profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 1989; ID., voce *Eccesso di potere, III) eccesso di potere giurisdizionale*, ivi; F. MODUGNO, M. MANETTI, voce *Eccesso di potere, II) eccesso di potere amministrativo*, ivi; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nss. dig. it.*, vol. V, 1968, pp. 1098 ss.; V. NOCCO, *Note sull'eccesso di potere*, in *Nuova rass.*, 1989, fasc. 3-4, pp. 394 ss.; V. OTTAVIANO, voce *Merito, diritto amministrativo*, in *Nss. dig. it.*, vol. X, 1964, pp. 575 ss.; G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, pp. 60 ss.; A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, pp. 65 ss.; A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, fasc. 3, pp. 608 ss.; P.G. PONTICELLI, voce *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, 1990; A. PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.* vol. IX, 1994, pp. 401 ss.; F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo* (Relazione al Convegno su "Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali" organizzato dal C.I.S.A., L'Aquila, 12-13 ottobre 1979), in *Nuova rass.*, 1981, fasc. 14, pp. 1376 ss.

[5] Oltre a quello gerarchico 'proprio', fra i ricorsi amministrativi esperibili anche per vizi di merito sembrano potersi annoverare, in tutti i casi in cui ciò non sia precluso da una *lex specialis*, pure il ricorso gerarchico 'improprio', previsto dall'art. 1, co. 2, dello stesso Decreto, e il ricorso in opposizione, per il quale, ai sensi dell'art. 7, co. 2, del Decreto, salvo che non sia «espressamente previsto dalla legge» in maniera diversa, «valgono, in quanto applicabili, le norme» dettate per il ricorso gerarchico. Giusta l'art. 8, co. 1, D.P.R. 1199/1971, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, invece, è proponibile solo per motivi di legittimità.

[6] I contributi dottrinali in cui la questione è stata affrontata *ex professo* non sono molti. Più in generale, sulla cd. funzione amministrativa giustiziale, si v.: T. ANCORA, *L'amministrazione giustiziale*, in *Cons. Stato*, 1988, fasc. 9, pt. 2, pp. 1687 ss.; C. ANELLI, *Situazioni soggettive e ricorsi amministrativi*, in *Cons. Stato*, 1989, fasc. 5-6, pt. 2, pp. 901 ss.; L. ARCIDIACONO, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991; ID., voce *Ricorso gerarchico*, ivi; F. BOCCHINI, *Procedimenti giustiziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, fasc. 1, pp. 311 ss.; M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle "alternative dispute resolution"* (Relazione al Convegno "Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Dibattito tra giovani studiosi sulle trasformazioni in corso", Roma, 2 febbraio 2017), in *federalismi.it*, 2017, fasc. 10; E. CAPACCIOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei ricorsi amministrativi*, in *Giur. it.*, 1973, fasc. 1, pt. 4, pp. 1 ss.; L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, fasc. 2, pp. 323 ss.; B. DI TUCCI, *Il ricorso gerarchico nell'attuale ordinamento giuridico con particolare riferimento agli organi collegiali*, in *Cons. Stato*, 1998, fasc. 4, pt. 2, pp. 697 ss.; V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie* (Relazione al Convegno "Giustizia e legalità nell'azione amministrativa. Giornata di studi in onore del Professor Fabio Merusi", Pisa, 10 dicembre 2018), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, fasc. 1, pp. 55 ss.; G. FERRARI, voce *Ricorso gerarchico* (postilla di aggiornamento), in *Enc. giur., Agg.*, vol. XVII, 2009; C. GESSA, *La nuova disciplina dei ricorsi amministrativi. Profili critico-interpretativi del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199*, in *Foro amm.*, 1971, fasc. 11, pt. 3, pp. 849 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giudiziale* (Relazione al convegno "Forme alternative di risoluzione delle controversie con la P.A. ed

ISSN 2036-7821

Ebbene, obiettivo di questo studio è provare a far luce sulla sindacabilità della convenienza e opportunità della scelta della P.A. nell'ordinamento italiano mediante una rassegna critica dei più significativi orientamenti assunti dalla giurisprudenza in relazione alle questioni evidenziate. Non può sottacersi, peraltro, che ulteriori interrogativi emergono riguardo alla giurisdizione di merito; e tuttavia, non sembrandone la trattazione decisiva ai fini della presente indagine, poiché costituisce un argomento sì connesso, ma conseguente, non presupposto, rispetto a quello preso in esame, di essa ci si occuperà solo incidentalmente.
La ricerca sarà condotta attraverso il metodo induttivo/deduttivo: innanzitutto, si effettuerà una ricognizione delle risposte offerte dalla giurisprudenza, nella risoluzione delle controversie ad essa sottoposte[7], in ordine ai profili problematici menzionati; si tenterà, poi, di vagliare le stesse attraverso la teoria generale del diritto, la logica giuridica e i principi generali dell'ordinamento[8].

2. *Il sindacato sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere*

È ben noto che, in origine, con l'espressione 'eccesso di potere' si indicava il cd. 'straripamento di potere', concretantesi allorquando uno dei poteri dello Stato

effettività della tutela", Università di Bologna, 14 marzo 2008), in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, fasc. 2, pp. 597 ss.; R. GRACILI, L. MELE, *Evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione* (Comunicazione al XLVII convegno di diritto amministrativo, Varenna, 20-22 settembre 2001), in *Cons. Stato*, 2001, fasc. 11, pt. 2, pp. 1963 ss.; E. GREZ, *Sui nuovi lineamenti dei ricorsi amministrativi*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1972, fasc. 3-4, pp. 216 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, fasc. 1, pt. 1, pp. 52 ss.; F. LUBRANO, *I ricorsi amministrativi: problemi costituzionali ed interpretativi del d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1972, fasc. 3-4, pp. 209 ss.; B. MARCHETTI, *La giustizia amministrativa* (Commento a l. 18 giugno 2009, n. 69), in *Giorn. dir. amm.*, 2009, fasc. 11, pp. 1158 ss.; ID., *La tutela non giurisdizionale* (Relazione al Convegno "Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale 25 anni dopo", Milano, 11 novembre 2016), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, fasc. 2, pp. 423 ss.; S.R. MASERA, *Ricorsi amministrativi, ragionevole durata del procedimento ed equa riparazione ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Nota a Cass., SS.UU., 25/2/2014, n. 4429), in *Giur. it.*, 2014, fasc. 6, pp. 1460 ss.; L. MIGLIORINI, voce *Ricorso, I) Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, pp. 684 ss.; E. MITZMAN, *I rimedi amministrativi nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, fasc. 6, pp. 1689 ss.; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, fasc. 3-4, pp. 747 ss.; ID., voce *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, vol. II, 1988; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi. Commento al d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199*, Giuffrè, Milano, 1975; P. PAPA, *Dopo il D.L.vo 3 febbraio 1993, n. 29. La tutela amministrativa sulla via del tramonto. Quella imboccata è una strada a senso unico o è ipotizzabile una inversione di rotta?*, in *Nuova rass.*, 1996, fasc. 7, pp. 633 ss.; A. QUARANTA, G. GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1981; G.C. RIZZO, *Il ricorso gerarchico secondo la nuova normativa*, in *Comuni d'Italia*, 1972, fasc. 9, pp. 953 ss.; A. RONCA, *D.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199: natura e disciplina giuridica dei ricorsi amministrativi*, in *Nuova rass.*, 1972, fasc. 9-10, pp. 561 ss.; A.M. SANDULLI, voce *Ricorso amministrativo*, in *Nss. dig. it.*, vol. XV, 1968, pp. 975 ss.; F.G. SCOCA, *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive: la prospettiva amministrativistica*, in *Il Diritto della Regione*, 2004, fasc. 1-2, pp. 103 ss.; M.R. SPASIANO, *Tre quesiti sulla giustizia nell'amministrazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, fasc. 2-3, pp. 889 ss.; A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, 1997, pp. 381 ss.; ID., voce *Ricorso gerarchico*, ivi, pp. 394 ss.

[7] È evidente che la giurisprudenza non è vocata ad offrire risposte ai problemi teorici; nondimeno, nel risolvere le controversie sottoposte al suo esame, essa finisce per fornirle, e la dottrina può, avvalendosi degli strumenti a sua disposizione, rilevarle.

[8] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 7 ss.

ISSN 2036-7821

sconfinasse nell'ambito di operatività di un altro. Ed è altrettanto noto che l'evoluzione della nozione rispetto al potere amministrativo si deve non al legislatore, bensì essenzialmente alla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi Regionali (d'ora innanzi T.A.R.)[9].
È stata questa, infatti, a qualificare come ipotesi di eccesso di potere amministrativo, con ogni probabilità ispirandosi al concetto francese di *détournement de pouvoir*, quella dello 'sviamento', e ad individuare le ccdd. 'figure sintomatiche'[10].

2.1. *Lo sviamento di potere*
Riguardo all'eccesso di potere per sviamento, la giurisprudenza recente appare concorde nel sostenere quanto nitidamente espresso in una pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale si legge che «il vizio di eccesso di potere per sviamento consiste nell'effettiva e comprovata divergenza fra l'atto e la sua funzione tipica, ovvero – detto altrimenti – allorquando il potere è stato esercitato per finalità diverse da quelle enunciate dal legislatore con la norma attributiva del potere medesimo e, in particolare, allorquando l'atto posto in essere sia stato determinato da un interesse diverso da quello pubblico»[11].
In altri termini, secondo il supremo giudice amministrativo, lo sviamento di potere si verifica allorché la P.A. esercita il potere assegnatole per realizzare un fine diverso da quello prescritto dalla legge; e però, il vizio si concreta solo se la deviazione dell'atto dalla sua «funzione tipica» risulta essere «effettiva e comprovata».
In questa prospettiva, nella sentenza in parola si specifica che «la censura di eccesso di potere per sviamento deve essere supportata da *precisi* e *concordanti* elementi di prova, idonei a dar conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non essendo a tal fine sufficienti semplici supposizioni o indizi che non si traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo […]; né il vizio in questione è ravvisabile allorquando l'atto asseritamene viziato risulta comunque adottato nel rispetto delle norme che ne disciplinano la forma e il contenuto e risulta in piena aderenza al fine pubblico al quale è istituzionalmente preordinato, anche se, attraverso la sua emanazione, l'amministrazione ha indirettamente consentito il perseguimento da parte di terzi di ulteriori finalità secondarie, lecite e non in contrasto con quella principale»[12] (corsivi di chi scrive).

[9] Cfr. B.D. FRAUDATARIO, *Note in tema di sviamento ed eccesso di potere nell'ordinamento dell'Unione Europea ed in quello italiano* cit., pp. 1627 ss.; F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., pp. 288 ss.
[10] Cfr. F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere* cit.
[11] Cons. Stato, sez. IV, 8/1/2013, n. 32, in *giustizia-amministrativa.it*.
[12] Cons. Stato, sez. IV, 8/1/2013, n. 32 cit. Si esprimono analogamente, fra le tante: Cons. Stato, sez. V, 5/6/2018, n. 3401, in *giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 26/7/2021, n. 5195, ivi; T.A.R. Lombardia-

ISSN 2036-7821

Ora, applicando tutto quanto riferito alla fattispecie sottoposta al suo esame, il giudice amministrativo d'appello ritiene che non sia inficiato da sviamento di potere l'annullamento del piano di lottizzazione e del titolo edilizio rilasciato ad una società disposto da una Regione su richiesta di un'altra società dacché, «se è ben vero» che quest'ultima «mediante la presentazione del suo esposto ha inteso tutelare propri interessi di carattere eminentemente commerciale e non già di ordine urbanistico-edilizio, risulta altrettanto assodato che la Giunta Regionale non poteva che disporre l'annullamento del piano di lottizzazione e del titolo edilizio conseguentemente rilasciato proprio in dipendenza dell'oggettiva loro illegittimità rappresentata dall'esponente, e ciò – quindi – anche a prescindere dall'interesse individuale di quest'ultima»[13].

Sulla base del medesimo orientamento, il T.A.R. Lombardia-Milano, esprimendosi su un ricorso proposto da una società avverso gli atti che le avevano precluso la realizzazione in una certa area di un nuovo impianto di smaltimento e recupero di rifiuti, afferma che va «disattesa la censura di sviamento di potere, non rinvenendosi, in atti, indici univoci, precisi e concordanti (né il ricorrente, in proposito, ha addotto alcunché al di là della mera asserzione) di effettiva e comprovata divergenza tra l'atto impugnato e la sua funzione tipica. In assenza di ulteriori elementi, non possono infatti integrare tali estremi, né la mera contiguità temporale dell'ultimo segmento dell'*iter* procedurale che ha portato all'adozione del PGT impugnato (delibera consiglio comunale n. 40 del 30.12.2013) con l'avvio del procedimento di A.I.A. (08.02.2013), né l'acceso dibattito in sede consiliare in ordine alla complessiva vicenda della ricorrente, non essendo revocabile in dubbio la potenziale occasionalità di tali circostanze in un contesto più ampio di riorganizzazione dell'assetto territoriale comunale da tempo in corso»[14].

E sempre alla luce delle posizioni richiamate, in una sentenza del T.A.R. Piemonte-Torino si esclude che sia affetta da sviamento di potere una ordinanza comunale ingiungente la demolizione di alcune opere abusive, risultando «Del tutto indimostrato […] l'assunto […] secondo il quale il Comune avrebbe ingiunto la demolizione solo per conseguire l'acquisizione di beni che gli originari donatori avevano lasciato all'associazione ricorrente»[15].

Insomma, per conseguire il riconoscimento della sussistenza del fenomeno in questione è necessario provare in maniera rigorosa la deviazione dell'atto dalla sua finalità.

Milano, sez. II, 12/7/2021, n. 1696, ivi; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 1/10/2020, n. 167, ivi; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 17/9/2019, n. 981, ivi.

[13] Cons. Stato, sez. IV, 8/1/2013, n. 32 cit.

[14] T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 10/1/2022, n. 37, in *giustizia-amministrativa.it*.

[15] T.A.R. Piemonte-Torino, sez. II, 17/4/2014, n. 642, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

Tra l'altro, appare necessario rammentare che, secondo un orientamento consolidato, un atto non può reputarsi annullabile per sviamento di potere qualora si fondi su una pluralità di ragioni autonome le une rispetto alle altre ed anche una sola di esse si riveli legittima[16]. In una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato si legge che «ai fini della legittimità di un atto amministrativo fondato su di una pluralità di ragioni, fra loro autonome, è sufficiente che anche una sola fra esse sia riconosciuta idonea a sorreggere l'atto medesimo, mentre le doglianze formulate avverso gli altri motivi devono ritenersi carenti di un sottostante interesse a ricorrere, giacché in nessun caso le stesse potrebbero portare all'invalidazione dell'atto»[17].
Siffatta posizione, com'è palese, circoscrive ulteriormente, e in maniera assai significativa, il novero delle ipotesi in cui è ravvisabile lo sviamento di potere. Invero, per effetto degli orientamenti richiamati, i casi in cui i giudici amministrativi ritengono infondata la censura del fenomeno in esame sono numerosi[18].

---

[16] Sul punto cfr. B.D. FRAUDATARIO, *Note in tema di sviamento ed eccesso di potere nell'ordinamento dell'Unione Europea ed in quello italiano* cit., pp. 1636 ss.

[17] Così Cons. Stato, sez. VI, 20/1/2022, n. 371, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le numerose pronunce nelle quali si richiama l'orientamento in parola, si v.: Cons. Stato, sez. IV, 27/12/2019, n. 8825, ivi, secondo cui «laddove una determinazione amministrativa di segno negativo tragga forza da una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali sia di per sé idonea a supportarla in modo autonomo, è sufficiente che anche una sola di esse passi indenne alle censure mosse in sede giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti esente dall'annullamento»; Cons. Stato, sez. IV, 27/12/2017, n. 6108, ivi; Cons. Stato, sez. V, 14/6/2017, n. 2910, ivi, nella cui opinione vige il «principio della "motivazione minima sufficiente"», giusta il quale «in caso di atto amministrativo fondato su una pluralità di ragioni indipendenti ed autonome le une dalle altre il rigetto delle censure proposte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento»; Cons. Stato, sez. VI, 5/7/2010, n. 4243, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VIII, 11/1/2022, n. 173, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *quater*, 11/11/2021, n. 11604, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 6/11/2019, n. 12734, ivi, in cui si afferma che «l'atto amministrativo fondato su una pluralità di ragioni giustificatrici non può essere annullato in sede giurisdizionale quando almeno una sola di esse si basi su presupposti effettivamente sussistenti»; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *quater*, 22/9/2017, n. 9885, ivi; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 24/4/2015, n. 167, ivi, nella quale si legge che «in caso di atti plurimotivati […], l'eventuale illegittimità di una delle argomentazioni non è sufficiente ad inficiare il provvedimento quando anche una sola argomentazione sia legittimamente idonea a sostenerlo»; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 14/1/2015, n. 3, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VIII, 6/3/2014, n. 1370, ivi, giusta il cui avviso «Fondandosi l'impugnato provvedimento declinatorio su una motivazione plurima, solo l'accertata illegittimità di tutti i singoli profili su cui esso risulta incentrato avrebbe potuto comportare l'illegittimità e il conseguente effetto annullatorio del medesimo».

[18] Fra le tante, oltre a Cons. Stato, sez. IV, 8/1/2013, n. 32 cit., a T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 10/1/2022, n. 37 cit. e a T.A.R. Piemonte-Torino, sez. II, 17/4/2014, n. 642 cit., di cui si è detto nel testo, non accolgono la censura di sviamento: Cons. Stato, sez. IV, 29/11/2021, n. 7930, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 5/6/2018, n. 3401 cit.; T.A.R. Campania-Napoli, sez. V, 26/7/2021, n. 5195 cit.; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. II, 12/7/2021, n. 1696 cit.; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 1/10/2020, n. 167 cit.; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 17/9/2019, n. 981 cit.; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Trento, sez. unica, 14/1/2015, n. 3 cit. Ravvisano il fenomeno in questione, invece, tra le altre: T.A.R. Campania-Napoli, sez. VII, 8/6/2020, n. 2232, ivi; T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 9/2/2018, n. 225, ivi; T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 21/6/2010, n. 1070, ivi; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 24/11/2009, n. 2990, ivi; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 28/6/2006, n. 1926, ivi; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, sez. I, 11/5/2006, n. 347, ivi.

ISSN 2036-7821

2.2. *Il difetto di motivazione*

Nondimeno, come si è accennato, lo sviamento non costituisce la sola possibile estrinsecazione dell'eccesso di potere, che può essere rilevato anche attraverso le ccdd. 'figure sintomatiche'. E tale ipotesi, nella giurisprudenza odierna, ricorre con una frequenza notevolissima.

Anzitutto, spesso il G.A. deduce la illegittimità del provvedimento impugnato da un difetto della sua motivazione, individuato, generalmente, nella *insufficienza*, nella *incongruità*, nella *contraddittorietà* o nella *illogicità* della stessa.

Ad esempio, il Consiglio di Stato ha giudicato illegittimo il mancato accoglimento della richiesta di una funzionaria di essere assegnata alla sede di servizio più vicina al domicilio di un suo congiunto in condizione di grave infermità, dal momento che «Il provvedimento impugnato è stato […] emanato in palese difetto di istruttoria e *presenta una motivazione insufficiente*» (corsivo di chi scrive). Segnatamente, «l'amministrazione dell'Interno non ha compiuto una "*verifica e ponderazione accurate delle esigenze funzionali*", bensì ha negato l'assegnazione della sede domandata ai sensi dell'art. 33, comma 5, legge n. 104/1992, sulla base di una valutazione fondata esclusivamente sulle scoperture di organico, senza che dagli atti del procedimento emergesse "l'indicazione concreta di elementi ostativi" all'attribuzione della sede richiesta»[19].

Si fa riferimento alla insufficienza della motivazione anche in una pronuncia del T.A.R. Campania-Napoli, che ritiene fondato il ricorso proposto avverso un decreto di diniego di rilascio del permesso U.E. per soggiornanti di lungo periodo in quanto, sebbene detto permesso possa «essere revocato in base all'articolo 9, comma 7, d.lg. 25 luglio 1998, n. 286 […] ove risulti che lo straniero sia pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato», nel provvedimento in esame «il giudizio di pericolosità del ricorrente è chiaramente basato *su una motivazione insufficiente (anzi su un vero e proprio automatismo)* dato che esso si fonda esclusivamente sul rilievo di un precedente penale per reati di falsità materiale commessa dal privato in autorizzazioni amministrative e ricettazione commessi nel novembre del 2008; si tratta di un precedente estremamente remoto (e non risulta che i deferimenti ulteriori citati nel provvedimento e comunque risalenti a epoca anteriore al 2008 si siano tradotti in altre condanne) che non giustifica *ex sé* un giudizio di pericolosità sociale all'attualità del ricorrente che presupporrebbe una valutazione della sua attuale condotta di vita»[20] (il primo corsivo è di chi scrive).

---

[19] Cons. Stato, sez. IV, 23/11/2021, n. 7848, in *giustizia-amministrativa.it*.

[20] T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 14/4/2021, n. 2376, in *giustizia-amministrativa.it*. Il G.A. così prosegue: «né il solo fatto che l'ultima dichiarazione dei redditi presentata risalga al 2011 dimostra che il ricorrente sia dedito ad attività illecite; in definitiva il diniego avrebbe presupposto una puntuale dimostrazione della attuale pericolosità sociale del ricorrente desunta da informazioni relative alla sua attuale condotta di vita di cui nel provvedimento non v'è traccia; d'altro lato non risulta essere stata data rilevanza neppure alla lunga durata del soggiorno in Italia

ISSN 2036-7821

Talora, poi, il G.A. giunge a reputare viziato il provvedimento sottoposto al suo vaglio perché sorretto da una motivazione *incongrua*.

Conclude in questi termini, fra le altre, una pronuncia del T.A.R. Molise-Campobasso, che accoglie il ricorso proposto avverso un diniego di autorizzazione alla installazione di un complesso circense in quanto «La motivazione per la quale l'autorizzazione […] viene negata, poiché nel corso degli spettacoli sono "utilizzati animali, in maniera totale oppure parziale, anche ai soli scopi espositivi, appartenenti o no a specie domestiche, nati o no in cattività" è una motivazione *incongrua*, del tutto sganciata da un presupposto istruttorio e avulsa, persino, da una logica di intento protettivo degli animali». Nella opinione del G.A., «se mai da un ipotetico accertamento istruttorio fosse emerso che nel complesso circense […] vivessero in cattività animali tenuti in condizioni igieniche malsane, o addirittura vittime di maltrattamenti, ebbene in tal caso il Sindaco, nella sua qualità di autorità sanitaria locale, ben avrebbe potuto limitare, regolare o vietare l'attività circense. Viceversa, una generica regolamentazione – mediante ordinanza di divieto dell'uso di animali nei circhi – del tutto sganciata da un'attività istruttoria, motivata soltanto con ragioni di carattere astratto […] non solo non sortisce il risultato di proteggere gli animali del circo, ma – paradossalmente – potrebbe persino metterne in pericolo il benessere, se il blocco delle attività circensi producesse la conseguenza di impoverire le risorse necessarie al circo per l'assistenza agli animali»[21] (corsivo di chi scrive).

Va evidenziato che, molto spesso, la incongruità è rilevata unitamente ad altri aspetti del difetto di motivazione. Ad esempio, in alcune decisioni il concetto in parola appare strettamente intrecciato a quello di insufficienza: tra queste sembra opportuno richiamare una pronuncia del Consiglio di Stato che ha giudicato illegittimo un provvedimento di esclusione da una gara di appalto siccome «*corredato da una motivazione incongrua*; e comunque certamente *insufficiente*, in quanto sintatticamente congegnata in maniera da non rendere affatto intellegibile l'argomentazione sulla quale si fonda». Secondo il supremo giudice amministrativo, «Nel motivare un provvedimento non è sufficiente citare il principio astratto sul quale si fonda la determinazione dell'Amministrazione (nel che si annida lo spettro della c.d. "motivazione apparente"), ma occorre specificare la concreta ragione per la quale si assume che quel principio sia (o non sia) stato disatteso; e, se del caso,

(essendo il ricorrente giunto in Italia nel 1992)». Fra le molte altre pronunce recenti in cui si ravvisa la figura sintomatica in esame, si v.: T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. II, 13/1/2022, n. 15, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III *ter*, 21/7/2021, n. 8744, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I stralcio, 6/4/2021, n. 4064, ivi; T.A.R. Piemonte-Torino, sez. I, 6/4/2021, n. 360, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 5/1/2021, n. 34, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, 7/10/2020, n. 4314, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 13/6/2019, n. 7644, ivi.

[21] T.A.R. Molise-Campobasso, sez. I, 8/11/2013, n. 642, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

corredare l'affermazione con analisi e calcoli atti a dimostrarne la inequivocabile veridicità»[22] (corsivi di chi scrive).

Tra le figure sintomatiche rientra altresì la *contraddittorietà* della motivazione.

Il T.A.R. Toscana-Firenze, ad esempio, ha considerato viziato un ordine di rimessa in pristino, fra l'altro, perché «da un lato il Comune ritiene applicabile la normativa disciplinante l'attività edilizia libera (per la quale l'interessato è obbligato a comunicare l'inizio dei lavori, senza necessità di munirsi di titolo abilitante), dall'altro fa leva sulla necessità della s.c.i.a. edilizia, dall'altro ancora assume a riferimento la normativa sulla difformità dal permesso di costruire (mai rilasciato). Ne discende che l'atto impugnato non dà univoca indicazione del titolo edilizio ritenuto necessario nel caso di specie, ma fornisce *una motivazione contraddittoria* in ordine alle irregolarità e violazioni ritenute idonee a giustificare l'ordine di rimessa in pristino»[23] (corsivo di chi scrive).

Va detto, peraltro, che sovente quella in esame si interseca con altre figure sintomatiche. Ciò si verifica senz'altro in una pronuncia del Consiglio di Stato espressasi sul tema della dipendenza delle infermità da causa di servizio: il provvedimento di diniego subito da un militare viene sì reputato illegittimo in quanto fondato su un parere del Comitato di verifica «*viziato da una motivazione contraddittoria*», ma dopo aver rimarcato che il giudizio di siffatto organo «è espressione di discrezionalità tecnica, in linea generale sindacabile in sede giurisdizionale solo per *assenza di motivazione*, *travisamento dei fatti*, *illogicità manifesta*, *violazione delle regole procedurali*». Nella opinione del giudice amministrativo d'appello, «il parere appare *intrinsecamente contraddittorio* nella misura in cui […] esclude un qualunque ruolo concausale alle condizioni di lavoro del militare […]; condizioni di lavoro che invece avrebbe dovuto tenere presenti anche in relazione alla ancor giovane età dell'interessato […], le quali rendono plausibile la tesi che un simile processo fisiologico sia stato quanto meno accelerato da circostanze esterne, in relazione appunto ai modi in cui il lavoro è stato prestato»[24] (corsivi di chi scrive).

Sembra significativo, in particolare, il legame fra contraddittorietà e *illogicità* della motivazione. Quest'ultima, invero, assume rilevanza in numerose decisioni.

---

[22] Cons. Stato, sez. III, 4/11/2015, n. 5037, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre pronunce recenti in cui si fa riferimento alla incongruità della motivazione, si v.: T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 21/1/2021, n. 190, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. II, 5/3/2020, n. 442, ivi; T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, 28/10/2019, n. 926, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, 10/7/2019, n. 3821, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 13/6/2017, n. 6981, ivi; T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. I, 19/9/2016, n. 932, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 16/6/2010, n. 1884, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 25/5/2010, n. 13294, ivi.

[23] T.A.R. Toscana-Firenze, sez. III, 6/6/2018, n. 809, in *giustizia-amministrativa.it*.

[24] Cons. Stato, sez. IV, 2/12/2019, n. 8226, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le decisioni che prendono in considerazione la figura sintomatica in parola, si v. altresì: T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 21/2/2019, n. 260, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, 4/2/2016, n. 1688, ivi; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 6/4/2012, n. 613, ivi.

ISSN 2036-7821

Una pronuncia del T.A.R. Lazio-Roma, ad esempio, ha ritenuto illegittima la sospensione dell'adeguamento tariffario subita da una concessionaria autostradale giacché, fra l'altro, disposta «sulla base di una *motivazione illogica* e non coerente con la disciplina che regola il rapporto concessorio». Secondo il giudice amministrativo di prime cure, va reputato «*Illogico* […] che il procedimento di adeguamento tariffario possa, o addirittura debba, essere subordinato all'aggiornamento» del Piano Economico Finanziario, «tale assunto risultando contraddetto dalla sentenza n. 1098/2018 del Consiglio di Stato, nella quale si è evidenziato che l'aggiornamento tariffario "*è funzionale ad aggiornare il corrispettivo tariffario alla luce del concreto svolgimento del rapporto concessorio, per rendere aderente la remunerazione del concessionario rispetto, ad esempio, agli investimenti sostenuti o al tasso di inflazione*", laddove l'aggiornamento del PEF è volto a verificare, al termine di ciascun periodo regolatorio, "*l'eventuale necessità di riequilibrio della concessione attraverso l'aggiornamento, la riallocazione e la ridistribuzione delle poste più rilevanti nella gestione della concessione, per garantirne la sostenibilità finanziaria*". Da ciò si deve, pertanto, inferire che la pendenza di una procedura di aggiornamento del PEF non possa giustificare la sospensione, pura e semplice, dell'aggiornamento tariffario»[25] (i primi due corsivi sono di chi scrive).

2.3. *La illogicità della scelta*

Talvolta, la illogicità è sintomatica dell'eccesso di potere anche se non attiene alla motivazione, bensì alla scelta. Chiamato ad esprimersi su una sentenza che aveva accolto un ricorso proposto da una candidata ad un concorso per il conseguimento della abilitazione all'insegnamento avverso i giudizi attribuiti agli elaborati da lei redatti nell'ambito delle prove scritte, il Consiglio di Stato ha asserito, anzitutto, che «le valutazioni espresse dalle commissioni giudicatrici in merito alle prove di concorso, seppure qualificabili quali analisi di fatti (correzione dell'elaborato del candidato con attribuzione di punteggio o giudizio) e non come ponderazione di interessi, costituiscono pur sempre l'espressione di ampia discrezionalità, finalizzata a stabilire in concreto l'idoneità tecnica e/o culturale, ovvero attitudinale, dei candidati, con la conseguenza che le stesse valutazioni non sono sindacabili dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui sussistono elementi idonei ad evidenziarne uno sviamento logico od un errore di fatto, o, ancora, una contraddittorietà ictu oculi rilevabile»[26].

Da ciò, secondo il supremo giudice amministrativo, «consegue che il giudicante non può ingerirsi negli ambiti riservati alla discrezionalità tecnica dell'organo valutatore

[25] T.A.R. Lazio-Roma, sez. IV, 20/1/2022, n. 671, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le numerose altre pronunce che fanno riferimento alla illogicità della motivazione, si v.: Cons. Stato, sez. III, 7/4/2021, n. 2792, ivi; Cons. Stato, sez. II, 7/4/2020, n. 2310, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. III, 3/1/2022, n. 5, ivi.

[26] Cons. Stato, sez. VI, 9/2/2011, n. 871, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

(e, quindi, sostituire il proprio giudizio a quello della commissione), se non nei casi in cui il giudizio si appalesi viziato *sotto il profilo della logicità*, vizio la cui sostanza non può essere confusa con l'adeguatezza della motivazione, ben potendo questa essere adeguata e sufficiente e tuttavia al tempo stesso illogica; stante, invero, il diverso rilievo ed ambito concettuale, che assumono i due vizi, l'uno non può essere arbitrariamente dedotto dall'altro e, soprattutto, un giudizio critico negativo reso dalla commissione esaminatrice mediante punteggio numerico non risulta affetto né da profili di insufficienza, né da profili di irrazionalità sol perché il Giudice, senza rilevare alcuna concreta eclatante discrasia tra la votazione negativa attribuita ed il contenuto degli elaborati, decida di sostituire […] la propria competenza a quella specifica riconosciuta dall'ordinamento alla commissione, invadendo gli ambiti di discrezionalità tecnica alla stessa riservati»[27] (corsivo di chi scrive).

Insomma, «se è pur vero che il giudizio tecnico-valutativo delle commissioni di esame non si sottrae in linea generale al controllo giurisdizionale di legittimità, sotto il profilo della sua intrinseca ragionevolezza e coerenza, nondimeno tale controllo non può trasmodare in una vera e propria sostituzione del giudizio espresso dall'ausiliario del giudice a quello dell'organo tecnico-amministrativo nell'esercizio della sua discrezionalità valutativa; peraltro, non è secondario rilevare che mentre la commissione d'esame esprime le sue valutazioni in sede concorsuale (e quindi tenendo conto del livello di preparazione media dei candidati) e sotto l'osservanza di criteri valutativi predeterminati e indistintamente applicabili a tutti i concorrenti, tanto non avviene normalmente […] per ciò che attiene alle valutazioni operate dall'ausiliario del giudice»[28].

L'appello, alla luce di quanto riferito, viene accolto, sostenendosi che il giudice di primo grado abbia sostituito inammissibilmente la valutazione operata dal consulente tecnico a quella della commissione d'esame, non prospettando alcun elemento in ordine «ad una ipotetica palese irragionevolezza ovvero alla incoerenza del giudizio formulato dalla Commissione o ancora alla presenza di eventuali errori di fatto inficianti la valutazione»[29].

2.4. *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*

Com'è evidente, nella pronuncia appena richiamata la illogicità si intreccia in maniera significativa con la *irragionevolezza*. Anche a questa, invero, il G.A. fa assai

[27] Cons. Stato, sez. VI, 9/2/2011, n. 871 cit.

[28] Cons. Stato, sez. VI, 9/2/2011, n. 871 cit. Si esprimono conformemente: Cons. Stato, sez. IV, 29/11/2016, n. 5016, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 6/5/2015, n. 2269, ivi; T.A.R. Valle d'Aosta-Aosta, sez. unica, 3/8/2020, n. 31, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III *bis*, 1/7/2020, n. 7408, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I stralcio, 21/12/2019, n. 14712, ivi. Relativamente alla figura sintomatica in questione, si v. anche: Cons. Stato, sez. III, 25/2/2019, n. 1319, ivi; T.A.R. Emilia-Romagna-Parma, sez. I, 14/4/2015, n. 113, ivi; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. I, 10/2/2010, n. 533, in *dejure.it*.

[29] Cons. Stato, sez. VI, 9/2/2011, n. 871 cit.

ISSN 2036-7821

spesso riferimento, in molti casi al fine di chiarire quali siano i confini del suo sindacato sulle scelte della P.A.

Ad esempio, a proposito della valutazione sulla dipendenza di infermità da causa di servizio, si è asserito che il controllo di legittimità sui giudizi della P.A. «fondati su nozioni scientifiche e su dati di esperienza di carattere tecnico-discrezionale, quali sono quelli espressi dalle commissioni mediche nell'esercizio di discrezionalità tecnica basata su cognizioni della scienza medica e specialistica […] deve restare circoscritto ad ipotesi di omessa considerazione o palese travisamento di circostanze di fatto, ovvero di *manifesta irragionevolezza*, essendo censurabile dal giudice amministrativo la sola valutazione che si ponga al di fuori del perimetro dell'opinabilità, a pena di esondare nell'ambito delle attribuzioni riservate all'amministrazione»[30] (corsivo di chi scrive).

In un'altra decisione, in ordine al trasferimento dei militari per incompatibilità ambientale, il G.A. ha affermato che pur rientrando esso «nel novero degli ordini […], in quanto tale caratterizzato da ampia discrezionalità, ne è consentito il sindacato giurisdizionale nei limiti del travisamento dei fatti e della *manifesta irragionevolezza* od illogicità»[31] (corsivo di chi scrive).

Riguardo al potere della P.A. di declinare il rilascio della licenza di porto d'armi, poi, si è sostenuto che «Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, il porto d'armi non costituisce un diritto assoluto, rappresentando, invece, eccezione al normale divieto di portare le armi […], sicché, secondo quanto dispone l'art. 43, co. 2, r.d. n. 773/1931, "*la licenza può essere ricusata… a chi… non dà affidamento di non abusare delle armi*". La valutazione in ordine all'affidabilità del soggetto circa l'abuso delle armi, costituisce, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, espressione di discrezionalità amministrativa, non sindacabile in via generale dal

[30] Cons. Stato, sez. II, 7/1/2022, n. 117, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul tema si v. altresì: Cons. Stato, sez. II, 26/10/2020, n. 6483, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 25/3/2014, n. 1454, ivi, in cui si richiama il «consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui gli accertamenti sulla dipendenza da causa di servizio, anche in relazione all'equo indennizzo, rientrano nella discrezionalità tecnica, un tempo dei Comitati per le pensioni privilegiate, ora del Comitato per la Verifica per le Cause di Servizio, che perviene alle relative conclusioni assumendo a base le cognizioni di scienza medica e specialistica con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale su tali decisioni è ammesso esclusivamente nelle ipotesi di vizi logici desumibili dalla motivazione degli atti impugnati dai quali si evidenzi la inattendibilità metodologica delle conclusioni cui è pervenuta l'amministrazione […] ovvero nelle ipotesi di *irragionevolezza manifesta*, palese travisamento dei fatti, omessa considerazione di circostanze di fatto tali da poter incidere sulla valutazione finale […] nonché di non correttezza dei criteri tecnici e del procedimento seguito»; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I stralcio, 10/1/2022, n. 155, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I stralcio, 10/1/2022, n. 149, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 10/1/2022, n. 137, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 5/1/2022, n. 65, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 5/12/2019, n. 13916, ivi; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 28/11/2019, n. 5646, ivi (corsivo di chi scrive).

[31] Cons. Stato, sez. V, 7/1/2022, n. 49, in *giustizia-amministrativa.it*. Si v. anche T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 18/1/2022, n. 572, ivi, in cui si asserisce che il trasferimento del militare «seguito all'ordine d'autorità è frutto di una decisione connotata da ampia discrezionalità e, dunque, sindacabile entro i noti ristretti limiti del travisamento dei fatti e della *manifesta irragionevolezza* o illogicità» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

giudice della legittimità, salvo che in ipotesi di eccesso di potere, nelle sue varie forme sintomatiche, quali la manifesta illogicità, la *manifesta irragionevolezza*, l'evidente sproporzionalità, il travisamento dei fatti. Tale ampia discrezionalità è contemperata dall'obbligo motivazionale rinforzato, a salvaguardia sia della trasparenza dell'azione amministrativa, sia del legittimo affidamento del cittadino»[32] (il secondo corsivo è di chi scrive).

Alla irragionevolezza la giurisprudenza fa riferimento anche nell'individuare l'ambito del controllo di legittimità sulle scelte effettuate dai Comuni in ordine alla individuazione delle zone in cui collocare nuove farmacie: siffatte scelte «sono espressione di un'ampia discrezionalità dell'Amministrazione e, in quanto tali, sindacabili solo per gravi ed evidenti errori di valutazione dei presupposti ed *irragionevolezza*»[33] (corsivo di chi scrive).

Nella medesima prospettiva, in materia di sanzioni disciplinari, si è asserito che «la valutazione in ordine alla gravità dei fatti addebitati in relazione» alla loro applicazione «costituisce espressione di discrezionalità amministrativa, non sindacabile in via generale dal giudice della legittimità salvo che in ipotesi di eccesso di potere, nelle sue varie forme sintomatiche, quali la manifesta illogicità, la *manifesta irragionevolezza*, l'evidente sproporzionalità e il travisamento»[34] (corsivo di chi scrive).

Analogamente, in ordine alle determinazioni della P.A. in tema di pianificazione urbanistica, il G.A. ha affermato che, sebbene il relativo potere sia «connotato da un'ampia discrezionalità e che il suo esercizio» sia «subordinato all'obbligo di effettuare un'adeguata e preventiva attività istruttoria in relazione alla portata degli interessi pubblici e privati coinvolti», tuttavia ciò non significa che le scelte conseguenti, «espressive dell'ampia discrezionalità di cui l'Amministrazione beneficia nella materia in esame, siano intangibili. A fronte di dette scelte, infatti, il sindacato giurisdizionale – oltre che alla verifica di eventuali vizi di incompetenza e di violazione di legge – deve intendersi esercitabile nei limiti del riscontro dell'assenza di figure sintomatiche di eccesso di potere afferenti alla logicità ed alla *ragionevolezza* delle scelte nel complesso effettuate dalla P.A. In altri termini, le scelte della P.A. in tema di pianificazione urbanistica sono sindacabili anche per quanto concerne il vizio di eccesso di potere, ancorché nei soli limiti in cui esse risultino

[32] Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 6/4/2021, n. 292, in *giustizia-amministrativa.it*.

[33] Cons. Stato, sez. III, 22/3/2017, n. 1305, in *giustizia-amministrativa.it*.

[34] Cons. Stato, sez. VI, 20/9/2012, n. 4996, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul tema si v. altresì: Cons. Stato, sez. II, 31/5/2021, n. 4143, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 23/3/2020, n. 2020, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 31/5/2007, n. 2830, ivi, in cui si chiarisce che «il giudice amministrativo non può sostituirsi agli organi dell'Amministrazione nella valutazione dei fatti contestati o nel convincimento cui tali organi sono pervenuti»; Cons. Stato, sez. IV, 31/1/2006, n. 339, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 21/1/2022, n. 125, ivi.

ISSN 2036-7821

viziate da palesi errori di fatto, abnormi illogicità, arbitrarietà, irrazionalità o *manifesta irragionevolezza*»[35] (corsivi di chi scrive).

Com'è perspicuo, assai spesso la giurisprudenza ritiene in maniera esplicita che la irragionevolezza della scelta della P.A. sia sindacabile solo se *manifesta*. A siffatta posizione, con ogni evidenza, è sottesa l'idea che il controllo sulla ragionevolezza, potenzialmente amplissimo data la indeterminatezza del suo oggetto, sfoci in indebite valutazioni di merito. Va rilevato, però, che – come sembra accadere, d'altronde, anche in relazione alla insufficienza, alla incongruità, alla contraddittorietà e alla illogicità –, i giudici non paiono delineare con nitidezza il contenuto della figura sintomatica in questione.

Talvolta, sembra reputarsi manifestamente irragionevole la scelta che non è preceduta dalla presa in esame di tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie concreta. Ad esempio, secondo la richiamata pronuncia in materia di trasferimento dei militari per incompatibilità ambientale, in ordine al caso di specie oggetto del giudizio, «non può trascurarsi di considerare che, pur prevalendo le esigenze organizzative

[35] T.A.R. Lazio-Latina, sez. I, 1/3/2016, n. 118, in *giustizia-amministrativa.it*. Si esprime nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 23/9/2009, n. 5671, ivi, secondo cui «Le scelte che l'amministrazione opera in sede di pianificazione paesaggistica e urbanistica sono ampiamente discrezionali, implicando valutazioni di opportunità sulla scorta di valutazioni comparative degli interessi in gioco, che sfuggono al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, a meno che non si dimostrino palesi travisamenti dei fatti, illogicità, *irragionevolezze*». Fra le molte altre pronunce in cui si fa riferimento alla figura sintomatica in esame, si v.: Cons. Stato, sez. IV, 6/11/2018, n. 6270, ivi, in tema di giudizi di avanzamento al grado superiore dei militari, nella quale si asserisce che «Sugli atti della Commissione Superiore di Avanzamento, essendo gli stessi sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo intrinseco in ordine alle valutazioni tecniche opinabili in quanto ciò si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di *ragionevolezza*, logicità e coerenza, oltre all'accertamento della insussistenza di travisamenti del fatto. La differenza tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito, in sostanza, può individuarsi nel fatto che, nel giudizio di legittimità, il giudice agisce "in seconda battuta", verificando, nei limiti delle censure dedotte, se le valutazioni effettuate dall'organo competente sono viziate da eccesso di potere per *manifesta irragionevolezza*, vale a dire se le stesse, pur opinabili, esulano dal perimetro della plausibilità, o per travisamento del fatto, mentre nel giudizio di merito, il giudice agisce "in prima battuta", sostituendosi all'Amministrazione ed effettuando direttamente e nuovamente le valutazioni a questa spettanti, con la possibilità, non contemplata dall'ordinamento se non per le eccezionali e limitatissime ipotesi di giurisdizione con cognizione estesa al merito, di sostituire la propria valutazione alla valutazione dell'Amministrazione anche nell'ipotesi in cui quest'ultima, sebbene opinabile, sia plausibile»; T.A.R. Campania-Napoli, sez. IV, 14/1/2022, n. 299, ivi, in materia di cause di esclusione da gare di appalto, in cui, dopo aver chiarito che l'art. 80, co. 5, Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, «mira a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di condotta illecita storicamente maturata […] che per la sua gravità sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo», si afferma che «Tale norma non descrive, dunque, la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva bensì, nel rinviare all'integrazione dell'interprete per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, necessariamente rimette la qualificazione di una condotta come grave illecito professionale ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante, pertanto sindacabile solo nei consueti limiti della *manifesta irragionevolezza*, illogicità o erroneità» (tutti i corsivi sono di chi scrive).

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione, e pur dovendo ritenersi prioritario l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio […], *sono state totalmente trascurate le esigenze del militare*. Si intende osservare che, seppure, a fronte di un ordine, l'interesse del militare a prestare servizio in una determinata sede assume una rilevanza di mero fatto, ciò non toglie che il trasferimento preordinato a rimuovere una situazione di incompatibilità ambientale determinatasi, ove anche inevitabile, risulta illogico nella misura in cui non lo destini ad una sede compatibile con le, non ordinarie, condizioni familiari dell'interessato»[36] (corsivo di chi scrive).

Altre decisioni paiono inferire la irragionevolezza non dalla mancata presa in esame di tutti gli interessi in gioco, bensì dal compimento di errori nella valutazione degli stessi. Sembra rientrare fra queste una pronuncia del T.A.R. Lombardia-Milano in tema di sanzioni disciplinari in cui, rilevato che il funzionario istruttore aveva rinvenuto «univoci riscontri documentali alle affermazioni difensive del ricorrente, la cui accertata veridicità avrebbe ragionevolmente potuto escludere tanto la scorrettezza, che la natura offensiva o sconveniente della condotta dell'agente, con possibile conseguente irrilevanza della stessa sul piano disciplinare», si asserisce che «Cionondimeno, *del tutto irragionevolmente*, il Funzionario (e con essa gli organi disciplinari che in seguito irrogavano la sanzione […]), pur dando atto della ritenuta buona fede dell'agente sanzionato, ometteva *in toto* di vagliare le implicazioni (invero potenzialmente esiziali) che la circostanza giustificativa accertata avrebbe potuto comportare per l'iniziale incolpazione»[37] (il primo corsivo è di chi scrive).

Talora, poi, il contenuto del principio di ragionevolezza pare intrecciarsi con quello del principio di *proporzionalità*: in alcune decisioni, ad esempio, si ritiene esplicitamente che il secondo costituisca «specificazione»[38] o «espressione»[39] del primo.

---

[36] Cons. Stato, sez. V, 7/1/2022, n. 49 cit. Poco oltre il G.A. specifica che «l'incompatibilità ambientale giustifica il trasferimento e può rendere recessivo anche l'interesse del dipendente ad assistere un familiare disabile (così consentendo la deroga dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992), ma non esclude l'irragionevolezza di una sede distante dal domicilio della persona da assistere al punto tale da precludere qualsivoglia forma (anche necessariamente attenuata) di assistenza della persona *handicappata*. La possibilità di un trasferimento del coniuge per il ricongiungimento al militare trasferito o comunque l'assegnazione provvisoria si pongono in una prospettiva indimostrata o, quanto meno, carente di attualità al momento dell'adozione del provvedimento gravato, che dunque, anche in questa prospettiva, appare illogico».

[37] T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 21/1/2022, n. 125 cit. Inoltre, secondo il giudice lombardo, «la circostanza che l'Amministrazione abbia ritenuto sufficiente raggiungere conclusioni declinate in termini di mera probabilità sui fatti che decideva di punire in capo al ricorrente, depone ulteriormente per l'irragionevolezza e la non logicità dell'attività sanzionatoria […]. Mediante tale *modus operandi*, infatti, l'Amministrazione riconduceva all'ambito della valutazione discrezionale non solo il giudizio di rilevanza disciplinare delle condotte contestate […], ma anche l'accertamento della veridicità dei comportamenti sanzionati, che devono invece essere ricostruiti in termini obiettivi e verificabili dalla P.A. procedente».

[38] Si v. T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 20/10/2020, n. 960, in *giustizia-amministrativa.it*.

[39] Si v. T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 7/10/2014, n. 1160, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

Ora, ad avviso di una pronuncia del Consiglio di Stato, il principio di proporzionalità «impone l'adozione di una scelta amministrativa idonea a conseguire l'obiettivo perseguito, tale da non determinare un eccessivo sacrificio per gli interessi privati attinti e, comunque, da essere sostenibile per il destinatario»[40]; nello stesso senso, secondo una decisione di primo grado, esso «impone […] che il sacrificio che viene a subire il privato non ecceda quanto strettamente necessario al perseguimento dell'interesse pubblico, e che l'Amministrazione operi un ponderato bilanciamento degli interessi in gioco»[41].

Com'è agevolmente intuibile, l'applicazione del principio in parola nella accezione appena richiamata può dilatare in maniera significativa l'area del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo. Nondimeno, il Consiglio di Stato ha ribadito più volte l'orientamento secondo il quale «il principio di proporzionalità consiste in un canone legale di raffronto che, anche dopo la sua espressa codificazione a livello comunitario […] (art. 5, ultimo comma, del trattato Ce ora art. 5 trattato UE), non consente di controllare il merito dell'azione amministrativa»[42]. Inoltre, in tema di provvedimenti disciplinari, si è specificato che «il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, ed il suo corollario […] rappresentato dal c.d. gradualismo sanzionatorio, non consentono al giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'autorità disciplinare, che possono essere sindacate esclusivamente *ab externo*, qualora trasmodino nell'abnormità o comunque evidenzino profili di eccesso di potere»[43].

È evidente che i principi di ragionevolezza e proporzionalità devono informare non solo il provvedimento finale, ma l'intero procedimento. Per siffatta ragione, sembra potersi affermare che la loro violazione costituisca una figura sintomatica inerente

[40] Cons. Stato, sez. VI, 4/8/2021, n. 5742, in *giustizia-amministrativa.it*. Il supremo giudice amministrativo rammenta che «Anche la Corte di Giustizia, ai fini del rispetto del principio di proporzionalità, richiede che la misura in contestazione sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non ecceda quanto necessario perché esso sia raggiunto».

[41] T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 20/10/2020, n. 960 cit. Si v. altresì T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 7/10/2014, n. 1160 cit., nella cui opinione il principio in parola «impone che l'intervento pubblico limitativo della libertà dei privati sia contenuto entro i limiti della vera necessità, dovendo essere il mezzo utilizzato dalla p.a. idoneo ed efficace rispetto al fine pubblico perseguito, ma con il minimo sacrificio possibile per i soggetti che ne sono attinti, così da realizzare un'armonizzata e bilanciata ponderazione d'interessi».

[42] Cons. Stato, sez. IV, 27/9/2021, n. 6470, in *giustizia-amministrativa.it*. In questa prospettiva, «il giudice amministrativo […] non può sostituirsi agli organi dell'amministrazione nella valutazione dei fatti contestati o nel convincimento cui tali organi sono pervenuti; non è consentito al giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'autorità amministrativa, che possono essere sindacate esclusivamente *ab externo*, qualora trasmodino nell'abnormità, poiché, altrimenti opinando, si introdurrebbe surrettiziamente una smisurata ed innominata ipotesi di giurisdizione di merito del giudice amministrativo in contrasto con le caratteristiche ontologiche di siffatta giurisdizione, che sono, all'opposto, la tipicità e l'eccezionalità in quanto deroga al principio di separazione dei poteri, cui si ispira la legislazione».

[43] Cons. Stato, sez. IV, 23/4/2020, n. 2568, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul tema si v. anche Cons. Stato, sez. IV, 20/10/2016, n. 4381, ivi.

ISSN 2036-7821

alla scelta, non alla motivazione; tuttavia, appare perspicuo che, in genere, proprio dall'esame di quest'ultima è rilevabile la inosservanza dei principi in parola.

2.5. *Il difetto di istruttoria e il travisamento dei fatti*

A ben vedere, di regola si rilevano dall'analisi della motivazione anche il *difetto di istruttoria* e il *travisamento dei fatti*. Non mancano pronunce in cui il G.A. inferisce la illegittimità del provvedimento direttamente da una di tali figure: ad esempio, il T.A.R. Lazio-Roma, chiamato ad esprimersi su un ricorso proposto avverso un diniego di visto per il reingresso in Italia «motivato con riferimento alla circostanza che la ricorrente, cittadina straniera, in possesso di permesso di soggiorno scaduto, ha interrotto il suo soggiorno in Italia per un periodo di tempo superiore ai limiti normativamente previsti», lo ha accolto perché «l'amministrazione ha assunto la determinazione in applicazione della disciplina richiamata ma *sulla base di un difetto di istruttoria*, che ha impedito una corretta ricostruzione dei fatti, visto che la ricorrente ha lasciato il territorio nazionale» in un giorno diverso da quello indicato nel provvedimento impugnato[44] (corsivo di chi scrive).

Quanto alle decisioni che desumono la illegittimità dal travisamento dei fatti, poi, può rammentarsene una del T.A.R. Campania-Napoli in materia di edilizia, la quale ritiene fondate le censure prospettate avverso un diniego di permesso di costruire in sanatoria e il conseguente ordine di ripristino «laddove evidenziano la carenza motivazionale» dei due atti, «costituenti il portato di un'azione amministrativa contrassegnata da una istruttoria non approfondita, *la quale ha condotto ad un travisamento del fatto* ovvero, nel caso di specie, alla non corretta individuazione della natura delle opere edilizie oggetto di contestazione e del regime edilizio ad esse applicabile»[45] (corsivo di chi scrive). Tra l'altro, com'è palese, in questa pronuncia la sussistenza del travisamento è inferita proprio da un difetto di istruttoria.

2.6. *La disparità di trattamento*

Può emergere sia dall'esame della motivazione, o comunque del provvedimento nel suo complesso, sia da un confronto fra più atti emanati dalla P.A., invece, la *disparità di trattamento*, figura menzionata in numerose decisioni, ma non ravvisata assai

[44] Così T.A.R. Lazio-Roma, sez. III *ter*, 14/12/2021, n. 12895, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre decisioni recenti in cui il difetto di istruttoria assume rilevanza, si v.: T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 19/1/2022, n. 114, ivi; T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 17/1/2022, n. 76, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 8/7/2021, n. 8102, ivi.

[45] T.A.R. Campania-Napoli, sez. IV, 16/1/2020, n. 201, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le numerose altre pronunce che fanno riferimento al travisamento dei fatti, si v., oltre a quelle già richiamate *supra*: Cons. Stato, sez. IV, 17/6/2019, n. 4029, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 5/11/2018, n. 6248, ivi; Cons. Stato, sez. VI, 4/4/2008, n. 1416, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 17/12/2003, n. 8278, ivi; T.A.R. Molise-Campobasso, sez. I, 31/7/2020, n. 218, ivi; T.A.R. Molise-Campobasso, sez. I, 6/5/2020, n. 132, ivi; T.A.R. Emilia-Romagna-Bologna, sez. I, 25/1/2019, n. 77, ivi; T.A.R. Emilia-Romagna-Bologna, sez. I, 9/1/2018, n. 12, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. I, 12/1/2016, n. 35, ivi; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. I, 13/4/2010, n. 4942, ivi.

ISSN 2036-7821

spesso. Si è chiarito che essa, «perché possa assumere rilevanza invalidante, implica la comparabilità delle fattispecie in raffronto, da accertare non in maniera generale e astratta, bensì in modo specifico e concreto». Una «irragionevole disparità di trattamento è, infatti, predicabile soltanto in caso di assoluta identità di situazioni di fatto e di conseguente assoluta irragionevole diversità del trattamento alle stesse riservato»[46]. Non mancano, comunque, pronunce in cui tale ipotesi si considera realizzata: ad esempio, il T.A.R. Lazio-Roma ha rilevato la figura in una fattispecie in cui il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri aveva negato ad un maresciallo l'assegnazione ad una delle tre sedi da lui indicate, prescelte per motivi familiari rappresentati con una apposita istanza, nel contempo destinando alla seconda due concorrenti collocatisi in graduatoria in posizioni notevolmente deteriori rispetto alla sua. Secondo il G.A., ciò «induce a ritenere che l'Amministrazione […] abbia dato luogo ad una *disparità di trattamento manifestamente ingiusta*; vizio, quest'ultimo, reso ancora più evidente dalla circostanza che i due controinteressati, diversamente dal

[46] Cons. Stato, sez. VI, 30/7/2021, n. 5623, in *giustizia-amministrativa.it*. Sul punto si v. altresì: Cons. Stato, sez. VI, 15/2/2022, n. 1093, ivi; Cons. Stato, sez. II, 21/4/2021, n. 3227, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 4/2/2022, n. 270, ivi, nella quale si ricorda che, ad avviso della giurisprudenza, «in materia urbanistica non è ipotizzabile una disparità di trattamento fra proprietari di fondi diversi, in quanto ciascun fondo è necessariamente differenziato dagli altri e quindi è soggetto ad autonoma valutazione […]; inoltre, la valutazione dell'idoneità delle aree a soddisfare, con riferimento alle possibili destinazioni, specifici interessi urbanistici, costituisce esercizio di potere di scelta, rispetto al quale non è ipotizzabile quell'identità di posizioni soggettive e oggettive che costituisce il presupposto indispensabile per poter configurare, tra i vari soggetti interessati, il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento»; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 2/2/2022, n. 348, ivi; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. I, 2/2/2022, n. 390, ivi; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. III, 1/2/2022, n. 360, ivi; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. I, 3/1/2022, n. 4, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III *bis*, 24/5/2021, n. 6105, ivi, secondo cui, in un concorso strutturato su base regionale, «La possibilità che ottengano il posto candidati che abbiano conseguito voti inferiori di altri, non dà luogo a disparità di trattamento proprio per il fatto che l'ambito spaziale nel quale deve essere verificato il rispetto del paritario trattamento degli aspiranti concorrenti non può essere considerato quello nazionale, ma deve essere considerato quello relativo alla singola graduatoria. Non si possono individuare una parità di posizioni tra candidati espletanti la prova concorsuale in sedi differenti, posto che in un concorso che si svolge localmente il principio di paritario trattamento tra i concorrenti ha come suo perimetro l'ambito locale»; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 2/11/2016, n. 10813, in *dejure.it*, nella quale, in relazione ad una fattispecie in cui un candidato al concorso notarile non ammesso alla prova orale si doleva del fatto che una soluzione da lui adottata ritenuta gravemente insufficiente risultava identica a quella assunta da un altro candidato giudicato idoneo, si afferma che «La Commissione ha proposto temi che prevedevano non già soluzioni predeterminate in astratto, bensì più soluzioni possibili in concreto, purché correttamente costruite sul piano giuridico ed adeguatamente motivate; ne consegue che qualsiasi richiamo ad elaborati di altri candidati che abbiano astrattamente utilizzato gli stessi istituti giuridici non risulta in sé conferente, essendo di contro necessario verificare la concreta applicazione dell'istituto nel singolo atto e, di conseguenza, gli effetti che nel caso concreto ne derivano, oltre che l'enunciazione delle ragioni giuridiche che ne giustificavano l'impiego. Non soccorre quindi, in senso contrario, il richiamo alla ritenuta disparità di trattamento, in quanto, per giurisprudenza costante, vi è la necessità di considerare l'intero percorso logico-giuridico seguito dai candidati nella prova presa a confronto e, comunque, un giudizio favorevole reso alla prova scritta di altro candidato non servirebbe a sanare gli errori in cui è incorso il ricorrente […]. Infatti, in astratto, la configurabilità della disparità di trattamento tra diversi candidati del concorso notarile può ipotizzarsi solo raffrontando complessivamente tutti gli elaborati poiché la Commissione non tiene conto soltanto della soluzione giuridica prescelta, ma anche della capacità espositiva ed argomentativa di ciascuno dei candidati».

ISSN 2036-7821

ricorrente, neanche avevano presentato, ai fini dell'assegnazione, istanza motivata da comprovate esigenze familiari»[47] (corsivo di chi scrive).

2.7. *La contraddittorietà fra più atti di una medesima P.A., la violazione di norme interne e la violazione di una prassi amministrativa consolidata*

Sono state altresì individuate figure sintomatiche il cui paradigma di valutazione per rilevare il vizio si rinviene sempre all'esterno del provvedimento. Fra queste rientra senz'altro la *contraddittorietà fra più atti di una medesima P.A.*[48], anch'essa talvolta reputata indice di illegittimità. Ad esempio, una delle ragioni per le quali il T.A.R. Liguria-Genova ha accolto un ricorso proposto da un Comune avverso una ordinanza del dirigente del settore tecnico di una Provincia con la quale era stato innalzato il limite di velocità in un tratto stradale consiste proprio nella contraddittorietà di siffatta ordinanza con un'altra decisione adottata in precedenza dalla stessa Provincia. Il G.A. evidenzia che «il comune ricorrente aveva chiesto ed ottenuto di installare un misuratore di velocità (autovelox) […]. L'istruttoria non ha mai dubitato della correttezza della velocità imposta nel tratto stradale. La richiesta d'altro canto era stata positivamente accolta dopo una puntuale istruttoria e dopo essere stata esaminata anche dall'Osservatorio per il monitoraggio e l'analisi del numero di incidenti stradali. *Del tutto contraddittoria*, quindi, risulta la decisione a distanza di tre mesi, di elevare nel tratto la velocità a settanta KM/ora, con la conseguenza, tra l'altro, della impossibilità di rispettare la distanza minima stabilita dalla norma per poter installare il dispositivo di controllo della velocità»[49] (corsivo di chi scrive).

Al novero delle figure sintomatiche in questione appartengono anche la *violazione di norme interne* e la *violazione di una prassi amministrativa consolidata*[50].

La prima assume rilevanza, ad esempio, in una pronuncia del T.A.R. Lazio-Roma, che ha ritenuto illegittima la esclusione di un candidato da un concorso interno per la inosservanza di una circolare che imponeva l'obbligo di informare della pubblicazione del bando altresì il personale temporaneamente assente: secondo il G.A., «La violazione della circolare da parte dell'ufficio in cui il ricorrente presta servizio, consistente nella mancata comunicazione all'interessato della intervenuta pubblicazione del bando di concorso, vizia, per eccesso di potere, i provvedimenti di esclusione impugnati, adottati sull'erroneo presupposto che l'interessato avesse tardivamente presentato la domanda di partecipazione, senza considerare che la scadenza del termine è stata determinata dalla condotta inerte dell'Amministrazione

[47] T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 24/12/2021, n. 13453, in *giustizia-amministrativa.it*.

[48] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., pp. 560-563.

[49] T.A.R. Liguria-Genova, sez. II, 5/5/2020, n. 263, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre pronunce recenti in cui la figura sintomatica in parola assume rilevanza, si v. T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 18/3/2019, n. 3615, ivi.

[50] Cfr. ancora G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Op. ult. cit*, loco ult. cit.

ISSN 2036-7821

resistente che ha violato l'obbligo di informazione cui era vincolata dalla circolare richiamata»[51].

Relativamente alla violazione di una prassi amministrativa consolidata, poi, può rammentarsi che una decisione del T.A.R. Sicilia-Catania ha giudicato illegittimo un provvedimento di esclusione da una procedura rivolta alla assegnazione di agevolazioni per la realizzazione di una struttura produttiva di energia alternativa in quanto «la precedente prassi seguita fino a tempi di poco anteriori alla vicenda che riguarda la ricorrente […] si sostanziava in atteggiamenti meno rigorosi in ordine all'immediata dimostrazione della compatibilità urbanistica degli immobili»[52].

Peraltro, va rilevato che in alcune pronunce la mera commissione delle inosservanze in esame è esplicitamente ritenuta insufficiente a determinare la illegittimità del provvedimento. Ad esempio, il G.A. ha avuto modo di affermare che «paventare una illegittimità per violazione di norme interne entro un procedimento disciplinare, nella prospettiva […] della lesione dell'autovincolo, *comporterebbe la necessità della dimostrazione che tale violazione ha comportato pregiudizi effettivi al diritto di difesa o di partecipazione al procedimento*»[53]; e che «la prassi amministrativa *non è fonte del diritto*, non ha efficacia *erga omnes* e non ha vero carattere di generalità, limitandosi a connotare il comportamento di fatto dei singoli uffici nei rapporti interni e con il pubblico, senza essere, tuttavia accompagnata dalla convinzione della sua doverosità»[54] (i primi due corsivi sono di chi scrive).

2.8. *La 'sintomaticità'*

A ben vedere, all'accertamento della sussistenza di una figura sintomatica dovrebbe sempre seguire una valutazione circa la effettiva sussistenza del vizio di legittimità, dal momento che un sintomo rappresenta solo un elemento indiziario. E però, dalle decisioni richiamate può agevolmente evincersi che spesso il G.A. non effettua la valutazione in parola.

Ciò potrebbe indurre a sostenere che la giurisprudenza contemporanea consideri quelle tradizionalmente denominate 'figure sintomatiche' quali forme autonome del vizio di eccesso di potere, e che, pertanto, in essa il concetto di figura sintomatica risulti ormai superato.

---

[51] T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *quater*, 29/1/2021, n. 1219, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre decisioni che rinvengono la figura in esame, si v. T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *ter*, 22/6/2018, n. 6974, ivi.

[52] T.A.R. Sicilia-Catania, sez. II, 8/5/2008, n. 875, in *giustizia-amministrativa.it*. Fra le altre pronunce in cui la figura in questione viene presa in considerazione, si segnalano T.A.R. Emilia-Romagna-Bologna, sez. II, 24/1/2012, n. 47, ivi, nonché T.A.R. Campania-Salerno, sez. I, 16/3/2005, n. 249, ivi.

[53] T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *ter*, 8/3/2019, n. 3091, in *giustizia-amministrativa.it*.

[54] T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Bolzano, sez. I, 6/2/2019, n. 31, in *giustizia-amministrativa.it*. Si esprimono analogamente T.A.R. Umbria-Perugia, sez. I, 15/9/2014, n. 460, ivi, nonché T.A.R. Campania-Napoli, sez. VIII, 22/8/2011, n. 4233, ivi.

ISSN 2036-7821

Nondimeno, non può ignorarsi che in diverse pronunce si fa comunque riferimento al concetto in questione. Ad esempio, in relazione agli atti di vigilanza adottati dalla Banca d'Italia, si è asserito che essi, «Attesa la natura discrezionale del potere esercitato, […] sono sindacabili innanzi al giudice amministrativo in sede di legittimità, oltre che per vizi di incompetenza e di violazione di legge, puntualmente indicati, solo per illogicità/irragionevolezza manifesta o travisamento dei presupposti di fatto, *quali figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere*, non potendo il giudice amministrativo – nei limiti propri del sindacato di legittimità – invadere le valutazioni tecniche e di merito riservate all'organo di vigilanza e controllo»[55]; e, in materia di edilizia, si è giudicato illegittimo un diniego di autorizzazione «ricorrendo il vizio di eccesso di potere, *sotto il profilo sintomatico* della contraddittorietà tra atti»[56] (corsivi di chi scrive).

In molte occasioni, invero, malgrado faccia espressamente menzione del loro carattere sintomatico, il G.A. pare comunque limitarsi ad inferire la illegittimità del provvedimento dal mero accertamento della sussistenza delle figure in esame. E tuttavia, non va sottaciuto che sono rinvenibili decisioni in cui siffatto accertamento non è considerato sufficiente al fine di sentenziare la presenza del vizio.

Sembra necessario rammentare, anzitutto, che, ad avviso di una pronuncia del Consiglio di Stato, «Il difetto di motivazione, pur restando sempre e comunque un vizio di legittimità sul piano formale, per sua natura costituisce lo strumento tipico per l'analisi funzionale del provvedimento, secondo l'antico insegnamento della giurisprudenza precedente la L. n. 241/1990 che, nell'ambito della tradizionale tripartizione consacrata nell'art. 26 del T.U. C.d.S. 26 giugno 1924, n. 1054 (e poi riconfermata dall'art. 2 della legge TAR 6 dicembre 1971, n. 1034), aveva via via costruito il difetto di motivazione quale tipico elemento sintomatico dell'eccesso di potere (come risulta dagli stessi atti parlamentari della L. n. 241). Il difetto di motivazione quindi nell'ottica sostanziale sull'azione amministrativa, *ha rilievo quando – menomando in concreto i diritti del cittadino ad un comprensibile esercizio dell'azione amministrativa – costituisce un indizio sintomaticamente rivelatore del mancato rispetto dei canoni di imparzialità e di trasparenza, di logica, di coerenza interna e di razionalità; ovvero appaia diretto a nascondere un errore nella valutazione dei presupposti del provvedimento*»[57] (corsivo di chi scrive).

---

[55] Cons. Stato, sez. VI, 20/5/2019, n. 3228, in *giustizia-amministrativa.it*.

[56] T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *bis*, 2/8/2016, n. 8951, in *giustizia-amministrativa.it*. Invero, le pronunce in cui si fa riferimento alla sintomaticità non sono poche. Fra le altre, si v.: Cons. giust. amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 21/1/2022, n. 108, ivi; Cons. Stato, sez. VI, 22/10/2021, n. 7119, ivi; Cons. Stato, sez. III, 25/1/2016, n. 256, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 23/6/2015, n. 3146, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 24/1/2013, n. 432, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 21/12/2021, n. 13305, ivi; T.A.R. Liguria-Genova, sez. I, 5/9/2020, n. 605, ivi; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 11/6/2019, n. 7569, ivi; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, 11/6/2019, n. 1323, ivi; T.A.R. Puglia-Bari, sez. III, 29/6/2018, n. 949, ivi; T.A.R. Veneto-Venezia, sez. II, 9/5/2013, n. 678, ivi.

[57] Cons. Stato, sez. IV, 9/10/2012, n. 5257, in *dejure.it*.

ISSN 2036-7821

Più di recente, inoltre, il T.A.R. Veneto-Venezia, chiamato ad esprimersi su una censura proposta da una società capogruppo mandataria di una associazione di imprese partecipante ad una gara per l'affidamento in concessione dei servizi di trasporto pubblico locale di navigazione in una certa area avverso la decisione della Commissione giudicatrice di attribuire il punteggio concernente uno dei sub-criteri in relazione «alla distanza dai cantieri ai capolinea, nonostante la parte controinteressata l'abbia incongruamente misurata in linea d'aria anziché», come la ricorrente, «con riferimento alla distanza di navigazione, comparando tra loro due elementi non omogenei», ha rilevato che «Tale censura coglie effettivamente un profilo di incongruità il quale, considerato isolatamente, denota un difetto di istruttoria nell'operato della commissione giudicatrice, *che tuttavia non è idoneo a comportare l'annullamento* né dell'attribuzione del punteggio relativo al sub-criterio […], né tantomeno della gara»[58] (corsivo di chi scrive).

Secondo il giudice veneto, «va in primo luogo evidenziato che in base ad una simulazione effettuata dalla parte controinteressata […] alla quale» la ricorrente «non ha replicato, le distanze tra i cantieri» della prima «e i capolinea risultano suscettibili di una valutazione favorevole anche laddove le distanze vengano calcolate con riguardo ai tempi di navigazione. Inoltre, ed è questo un fattore decisivo, il calcolo delle distanze era solo uno – e non il più importante – dei parametri oggetto di valutazione in base al criterio» in questione, «il quale […] contempla anche il numero e la dimensione di unità navali ospitabili nei cantieri e l'adeguatezza delle attrezzature disponibili. È nella comparazione tra le offerte con riguardo a questi ultimi due profili che emergono gli aspetti che, a giudizio della commissione giudicatrice, hanno determinato l'attribuzione del maggior punteggio all'offerta della parte controinteressata per il sub-criterio» in esame. «L'esplicito riferimento a questi elementi nella motivazione fa apparire nell'insieme non manifestamente irragionevole la differenza di punteggio attribuita […], ove riferita a tutti i parametri oggetto di valutazione»[59].

In una pronuncia del T.A.R. Puglia-Lecce, poi, si è affermato che «la violazione di una circolare, al pari del contrasto con una precedente determinazione dell'amministrazione stessa, *è mero sintomo di eccesso di potere* e *non è diretta violazione del principio di legalità*, non avendo essa carattere normativo, primario o regolamentare. Tale violazione è giustificata, e non è quindi causa di eccesso di potere, laddove riposi nella necessità di rispettare il principio di legalità, in caso di contrasto tra la circolare ed una normativa, primaria o regolamentare»[60]. E in una decisione del T.A.R. Calabria-Reggio Calabria si è sostenuto che «la violazione di una

[58] T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 10/1/2022, n. 68, in *giustizia-amministrativa.it*.
[59] T.A.R. Veneto-Venezia, sez. I, 10/1/2022, n. 68 cit.
[60] T.A.R. Puglia-Lecce, sez. I, 12/7/2007, n. 2739, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

prassi può configurare il vizio di eccesso di potere *solo laddove sia sintomatica di uno sviamento dalla funzione perseguita dall'atto*»[61] (corsivi di chi scrive).
In conclusione, alla luce di quanto riferito, pare potersi asserire che, nella giurisprudenza contemporanea, l'eccesso di potere rilevato attraverso le figure sintomatiche, a differenza di quello che si presenta nella forma dello sviamento, non è tratteggiato in maniera unanime e nitida. In particolare, non è chiaro se le figure in parola abbiano realmente carattere sintomatico né, se sì, come vada effettuata in concreto la valutazione circa la sussistenza del vizio; inoltre, il significato di molte di esse risulta dubbio. Come può agevolmente intuirsi, tutto ciò rende assai incerti i confini del sindacato giurisdizionale sul merito amministrativo.

3. *L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'area del merito amministrativo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*
È noto che una sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., può essere cassata dalle Sezioni Unite della Corte Suprema (d'ora innanzi SS.UU.), tra l'altro, se 'sconfinante' nell'area del merito amministrativo. Ebbene, al fine di provare a individuare i confini del sindacato del G.A. sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere, sembra opportuno tentare di comprendere quando, ad avviso delle SS.UU., siffatto sconfinamento debba ritenersi concretato.
I casi in cui viene rilevato il vizio in parola non sono numerosi[62]. Invero, costituisce orientamento consolidato quello secondo il quale «l'eccesso di potere giurisdizionale, in relazione al profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, divenga strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronunzia la quale abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa»[63].

[61] T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. I, 26/2/2010, n. 137, in *giustizia-amministrativa.it*.
[62] Cfr. A. CASSATELLA, *L' eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa* cit., pp. 669 ss.
[63] Cass. civ., SS.UU., ord. 13/5/2020, n. 8843, in *dejure.it*. Si v. altresì Cass. civ., SS.UU., ord. 9/1/2020, n. 158, ivi, la quale ha escluso che una pronuncia del Consiglio di Stato fosse affetta dal vizio in parola perché contrastante con il contenuto di una verificazione, questa costituendo «uno strumento processuale cognitivo e non valutativo di fatti rilevanti ai fini della decisione giudiziale. Al riguardo il Consiglio di Stato ha evidenziato che il verificatore […] accerta i fatti ma non esprime in ordine ad essi valutazioni giuridiche ma soltanto tecnico fattuali, in aggiunta alla mera rilevazione del dato storico. Deve, conseguentemente, escludersi in modo radicale qualsiasi vincolatività dei giudizi valutativi del verificatore sulla autonomia della cognizione del giudice amministrativo

ISSN 2036-7821

In questa prospettiva, si è altresì chiarito che «se al giudice amministrativo non è consentito sostituirsi all'Autorità nelle attività di accertamento ed applicazione della legge con un proprio provvedimento, nondimeno il sindacato giurisdizionale non può dirsi limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo. È, infatti, la necessità di una tutela giurisdizionale piena a richiedere che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso sulla posizione giuridica del soggetto […]. In sostanza l'esame del giudice amministrativo può estendersi anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità»[64].

Non pare controverso, insomma, che il sindacato del G.A. possa concernere anche il fatto, detto giudice incorrendo in uno sconfinamento nell'area riservata alla P.A. solo allorquando rivisiti la *opportunità* del provvedimento, ovvero comunque si *sostituisca* alla autorità amministrativa.

Ad ogni modo, non mancano pronunce che hanno rilevato il vizio in questione. E talune di esse lo hanno ravvisato non nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità, bensì in quello della giurisdizione di ottemperanza, la quale, com'è noto, costituisce una delle eccezionali ipotesi in cui la cognizione del G.A. è estesa al merito.

---

rispetto alle conclusioni assunte in sede di accertamento tecnico. In conclusione, la verificazione consiste in un parere tecnico, non espressione di discrezionalità amministrativa che ben può essere disatteso dall'organo giurisdizionale, a nulla rilevando che il verificatore sia incardinato in un organo od ufficio della pubblica amministrazione. Le contestazioni riguardanti le modalità di recepimento delle valutazioni tecniche nel giudizio amministrativo costituiscono censure strettamente interne all'esercizio della giurisdizione, potendosi tradurre esclusivamente in errores in iudicando, al pari dei rilievi sull'operato del verificatore. Non si ravvisa alcuno sconfinamento nel merito o nell'ambito delle valutazioni di opportunità della pubblica amministrazione, dal momento che il verificatore fornisce una valutazione, nella specie espressamente limitato al "punto di vista della scienza ingegneristica" […] all'interno di un procedimento giurisdizionale esclusivamente funzionale alla decisione giudiziale. Nella specie il Consiglio di Stato ha motivatamente disatteso l'accertamento tecnico all'interno dell'attività valutativa delle risultanze istruttorie che costituisce il nucleo del processo decisionale relativo alla deliberazione finale». Si v. anche: Cass. civ., SS.UU., ord. 23/9/2020, n. 19952, ivi; Cass. civ., SS.UU., ord. 24/5/2019, n. 14264, ivi; Cass. civ., SS.UU., 26/11/2018, n. 30526, ivi, la quale evidenzia che, secondo un orientamento consolidato, «il controllo della Corte di Cassazione sulle pronunce giurisdizionali del Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del massimo organo della giustizia amministrativa, cui non è consentito invadere arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla pubblica amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito, come può accadere, ad esempio, quando il giudice amministrativo compia atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della pubblica amministrazione, o adotti decisioni finali interamente sostitutive delle determinazioni spettanti all'amministrazione medesima»; Cass. civ., SS.UU., 24/6/2011, n. 13904, ivi.

[64] Cass. civ., SS.UU., 3/3/2020, n. 5905, in *dejure.it*.

ISSN 2036-7821

In una delle decisioni in parola, le SS.UU. hanno cassato una sentenza del Consiglio di Stato che aveva ordinato alla P.A. di rinnovare un procedimento di conferimento di un incarico pubblico non più ripetibile[65].

La Corte non ha posto in discussione che, in sede di ottemperanza, il G.A. possa 'sostituirsi' alla P.A., ordinando a questa di adottare, ovvero adottando esso stesso, i provvedimenti necessari a garantire l'esecuzione della sentenza, ciò non determinando un eccesso di potere giurisdizionale[66]. E però, secondo le SS.UU., se esercita la giurisdizione di merito eccedendo i limiti entro i quali essa gli compete, ossia in relazione a situazioni rispetto alle quali il suo esercizio gli è precluso, il Consiglio di Stato incorre comunque in uno sconfinamento nell'area riservata alla P.A.[67].

Ora, il giudice dell'ottemperanza può senz'altro disporre il rinnovo di una procedura di conferimento di un incarico pubblico. Tuttavia, ciò è da considerarsi possibile «*solo se e fino a quando l'incarico sia ancora conferibile e la procedura sia ancora espletabile*. Venuta meno tale condizione, cessa per ciò stesso non solo l'obbligo, ma la possibilità stessa per l'amministrazione di provvedere in tal senso, fermo l'eventuale diritto al risarcimento per chi abbia visto indebitamente frustrate le proprie legittime aspirazioni»[68] (corsivo di chi scrive).

Tenuto conto di questo, la Cassazione sostiene che la sentenza con cui il Consiglio di Stato ordina lo svolgimento 'ora per allora' di un concorso, che non possa più tenersi, al solo scopo di riconoscere un certo trattamento di quiescenza al candidato che risulti vincitore, sia infirmata da eccesso di potere giurisdizionale perché travalicante i limiti entro i quali va esercitata la giurisdizione di ottemperanza[69].

---

[65] Si tratta di Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302, in *dejure.it*.

[66] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302 cit. Nella pronuncia si legge che «Un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della pubblica amministrazione, non potrebbe […] essere certamente ravvisato nel fatto in sé che il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, abbia adottato (o ordinato di adottare) quei provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe dovuto già essa stessa attuare. Proprio in questo sta infatti la funzione del giudizio di ottemperanza che, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giuridica e per soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può arrestarsi di fronte ad adempimenti parziali, incompleti od elusivi del contenuto della decisione del giudice amministrativo».

[67] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302 cit.

[68] Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302 cit.

[69] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 9/11/2011, n. 23302 cit. Nella opinione dei giudici, «la formula "ora per allora" esprime una mera fictio iuris, implicando che, in realtà, l'oggetto della pronuncia non era, né avrebbe più potuto essere, l'espletamento di un nuovo concorso volto all'effettivo conferimento dell'incarico […], bensì il mero accertamento di una situazione soggettiva eventualmente azionabile in altra sede dall'interessato. *Donde l'esorbitanza del provvedimento di ottemperanza dai limiti del relativo potere giurisdizionale – esercitato in una situazione che non lo avrebbe consentito e per finalità ad esso estranee* – in quanto volto al conseguimento di un risultato meramente cognitorio, riferibile ad un eventuale rapporto giuridico da far valere in un diverso contesto giurisdizionale e dinanzi ad un giudice diverso» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

Ragionando in maniera analoga, le SS.UU. sono pervenute alla cassazione di una sentenza di ottemperanza che aveva ordinato alla Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di disporre 'ora per allora' una nuova numerazione dei canali televisivi, sulla base delle abitudini e delle preferenze da reputarsi proprie degli utenti in un momento storico rispetto al quale il contesto tecnico-fattuale era irreversibilmente mutato[70].

Ad avviso della Corte, la P.A., per effetto del passaggio dalla tecnica analogica a quella digitale, non avrebbe potuto compiere la valutazione concernente la numerazione in ordine allo stesso oggetto e allo stesso lasso temporale considerati dalla sentenza del Consiglio di Stato per l'ottenimento della cui esecuzione si era agito, emessa in un momento in cui il menzionato passaggio non si era ancora perfezionato. Consequenzialmente, non è da ritenersi ammissibile che il giudice dell'ottemperanza imponga all'autorità amministrativa «di procedere ad un esame "virtuale" e retrospettivo della situazione da regolamentare invece hic et nunc»[71].

Quanto alle pronunce che hanno rilevato lo sconfinamento nel merito nell'esercizio della giurisdizione di legittimità, occorre rammentarsene, anzitutto, una che ha cassato una sentenza che aveva annullato, ravvisando la sussistenza di un eccesso di potere, un provvedimento di esclusione da una gara di appalto emanato ai sensi dell'abrogato art. 38, co. 1, lett. f), del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che prevedeva l'estromissione dalla procedura competitiva dei soggetti «che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante», avessero «commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che» aveva bandito «la gara; o che» avessero «commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante»[72].

Le SS.UU. evidenziano che la esclusione dalla gara per 'deficit di fiducia' scaturisce da una valutazione discrezionale della P.A., e che su di questa «*il controllo del giudice deve essere svolto ab extrinseco, e diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non mai sostitutivo*»[73] (corsivo di chi scrive).

Secondo la Cassazione, avendo il legislatore rimesso alla stazione appaltante «la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente», il giudice non può decretare l'illegittimità del provvedimento sulla base della «mera non condivisibilità» della valutazione che ha condotto alla sua emanazione, giacché, qualora considerasse l'atto viziato solo in quanto 'non

[70] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 1/2/2016, n. 1836, in *dejure.it*.

[71] Si v. Cass. Civ., SS.UU., 1/2/2016, n. 1836 cit. Nella decisione si legge che l'esito del giudizio di ottemperanza «non avrebbe potuto in alcun modo spingersi al compimento di un'attività che neppure una condotta spontanea dell'Amministrazione sarebbe stata in condizione di realizzare».

[72] Si tratta di Cass. civ., SS.UU., 17/2/2012, n. 2312, in *dejure.it*.

[73] Cass. civ., SS.UU., 17/2/2012, n. 2312 cit.

ISSN 2036-7821

condivisibile', incorrerebbe in uno sconfinamento nell'area del merito amministrativo[74].

Alla luce di ciò, la Corte ritiene che la sentenza impugnata sia affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale perché, sebbene prenda le mosse da una statuizione concernente il sindacato di legittimità di competenza del G.A., riscontrando segnali di contraddittorietà tra il comportamento dell'appaltante nella gestione del rapporto con l'impresa esclusa e la valutazione di inaffidabilità, perviene all'annullamento del provvedimento sulla base di un mero giudizio di inidoneità dei dati addotti a sostenere la decisione, non indicando le ragioni giuridiche per le quali la valutazione della P.A. andrebbe reputata illegittima[75].

Un'altra pronuncia ha cassato una sentenza del Consiglio di Stato che aveva annullato una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura (d'ora innanzi C.S.M.) conferente l'ufficio di Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione. Siffatta delibera aveva attribuito nuovamente l'incarico ad un soggetto la cui nomina era stata in precedenza annullata dal supremo giudice amministrativo, il quale aveva ritenuto carente la valutazione comparativa del candidato prescelto e di quello ricorrente giacché effettuata tralasciando di considerare che l'anzianità di servizio in magistratura del primo fosse inferiore a quella del secondo: chiamato a rinnovare la valutazione, il C.S.M. aveva sostenuto che l'attività svolta presso l'Avvocatura dello Stato dal soggetto nominato fosse equiparabile a quella esplicata in una magistratura speciale, e aveva rimarcato che la sua anzianità di servizio in Cassazione fosse superiore a quella del concorrente. Adito nuovamente, il Consiglio di Stato aveva accolto il rilievo del ricorrente secondo il quale l'esperienza come Avvocato dello Stato del soggetto a lui preferito non fosse equiparabile a quella maturata nell'ambito di una magistratura speciale, e aveva concluso che la minore anzianità di servizio in magistratura non potesse essere 'ragionevolmente' compensata dalla maggiore anzianità di servizio in Cassazione[76].

Le SS.UU. richiamano l'orientamento ad avviso del quale «per esercitare la propria giurisdizione di legittimità, e quindi valutare gli eventuali sintomi dell'eccesso di potere dai quali un atto amministrativo impugnato potrebbe essere affetto, *il giudice amministrativo non può esimersi dal prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui la medesima amministrazione ha motivato l'adozione di quell'atto*. In tal caso

[74] Si v. Cass. civ., SS.UU., 17/2/2012, n. 2312 cit.

[75] Si v. Cass. civ., SS.UU., 17/2/2012, n. 2312 cit. Secondo il giudice nomofilattico, «poiché il quadro normativo sul quale doveva esercitarsi il doveroso controllo di non pretestuosità assegna alla stazione appaltante la facoltà di determinare essa stessa il punto di rottura dell'affidamento nel contraente, una decisione che, quale quella in disamina, *non accerti l'inesistenza di alcuna ragione giustificante* o *la esistenza indiscutibile di ragioni dissimulate* ma *valuti solamente la insufficienza dei dati addotti a sostenere come plausibile* il superamento di quel punto di rottura, incorre, all'evidenza, nel denunziato vizio di eccesso di potere cognitivo ai danni dell'amministrazione» (corsivi di chi scrive). Sul punto cfr. A. CASSATELLA, *Op. ult. cit.*, loco ult. cit.

[76] Si v. Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787, in *dejure.it*.

ISSN 2036-7821

l'individuazione dell'eccesso di potere giurisdizionale *corre lungo la linea di discrimine tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute*: altro è l'illogicità di una valutazione, altro è la non condivisione di essa»[77] (corsivi di chi scrive).

Dunque, nella opinione della Corte, il G.A., da un lato, deve esaminare la logicità e la congruità della scelta della P.A.; dall'altro, nell'operare siffatto vaglio, non può verificare se la decisione si presenti 'condivisibile' o meno. Quando, poi, la discrezionalità attribuita alla P.A. è particolarmente ampia, come nel caso di specie, il C.S.M. disponendo di un notevole margine di apprezzamento nella assegnazione di incarichi direttivi e semidirettivi, a maggior ragione «il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento *deve essere mantenuto sul piano del sindacato parametrico (e quindi esterno) della valutazione degli elementi di fatto compiuta dalla p.a. e non può pervenire ad evidenziare una diretta "non condivisibilità" della valutazione stessa*»[78] (corsivo di chi scrive).

Da ciò consegue che il G.A., quando è chiamato ad esaminare la legittimità di una delibera con cui il C.S.M. ha conferito un incarico direttivo, può senz'altro annullarla se la ritiene inficiata da un eccesso di potere, ma «deve astenersi dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso»[79].

Ora, nel caso di specie, nell'escludere che l'attività di avvocato dello Stato sia equiparabile a quella di magistrato, il giudice amministrativo d'appello ha interpretato l'art. 211, Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12, concernente il divieto di riammissione in magistratura; e tuttavia, il C.S.M., nella fattispecie in questione, non era chiamato ad applicare siffatta norma, bensì a vagliare l'esperienza del soggetto come avvocato dello Stato al fine di appurarne la maggiore o minore attitudine a ricoprire l'ufficio. All'organo di autogoverno era richiesto di effettuare una

[77] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit.

[78] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit. La Corte evidenzia che l'eccesso di potere è il vizio «in riferimento al quale è meno agevole tracciare il limite esterno della giurisdizione al di là del quale c'è lo sconfinamento nell'esercizio di attività amministrativa. Giovano a tal fine le figure sintomatiche dell'eccesso di potere nella forma della motivazione insufficiente, dell'errore di fatto, dell'ingiustizia grave e manifesta, della contraddittorietà interna ed esterna, della violazione di circolari, di norme interne o della prassi amministrativa, nonché, più radicalmente, dello sviamento di potere, che ricorre quando la pubblica amministrazione persegue un interesse diverso da quello predefinito dalla legge». Ad ogni modo, le SS.UU. sottolineano che il loro sindacato «sulle pronunce del Consiglio di Stato per superamento dei limiti esterni della giurisdizione ha di per sé una connotazione di eccezionalità – si parla talora di "casi estremi"».

[79] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit. Il vizio di eccesso di potere può essere «desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il CSM ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati».

ISSN 2036-7821

comparazione tra due carriere diverse, e questa comparazione «costituisce una tipica valutazione di merito»[80].

Alla luce di ciò, la Corte ritiene che il Consiglio di Stato sia incorso nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale in quanto, invece di esaminare la legittimità della delibera, ha effettuato una nuova valutazione comparativa: la 'ragionevolezza' cui si fa riferimento nella decisione impugnata concerne l'esercizio della discrezionalità amministrativa, esorbitando, pertanto, dal sindacato del giudice[81].

Com'è evidente, esiste una significativa riflessione giurisprudenziale sull'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nel merito. Le SS.UU. paiono affermare inequivocabilmente che il G.A. non può, tranne che nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge, *sostituirsi* alla P.A., sindacando l'opportunità della sua scelta; e sostengono che lo sconfinamento in questione possa determinarsi persino allorquando la cognizione del giudice sia estesa al merito.

Tuttavia, le pronunce considerate non sembrano individuare con chiarezza i presupposti in presenza dei quali il vizio in parola debba reputarsi concretato, non parendo offrire, consequenzialmente, un rilevante contributo alla definizione dei limiti del sindacato del G.A. sul potere amministrativo tramite l'eccesso di potere. Come si è constatato, talvolta si asserisce che, nell'esercizio di siffatto sindacato, il giudice non può esimersi dal vagliare la logicità e la congruità della scelta della P.A.; talaltra, si esclude che un certo tipo di irragionevolezza possa costituire un indice di illegittimità della decisione; in più occasioni, poi, si ritiene che il controllo giurisdizionale non debba concernere la 'condivisibilità' della scelta: e però, tali concetti non sembrano venire adeguatamente sviluppati.

---

[80] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit. Ad avviso della Corte, «Questa valutazione di merito rientrava e rientra nella discrezionalità del CSM, censurabile in sede di ordinaria cognizione di legittimità del giudice amministrativo per eccesso di potere secondo i parametri delle figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza. *Non può invece il giudice amministrativo senza violare i limiti esterni della giurisdizione, rifare tale valutazione discrezionale per pervenire ad un risultato diverso da quello recato dal provvedimento impugnato e quindi annullarlo*» (corsivo di chi scrive).

[81] Cass. civ., SS.UU., 5/10/2015, n. 19787 cit. Secondo il giudice nomofilattico, la 'ragionevolezza' della comparazione, «peraltro isolata da ogni riferimento al più ampio contesto motivazionale sia della sentenza di primo grado, oggetto del giudizio di appello, sia della stessa Delib. del CSM impugnata in primo grado, non può ritenersi figura sintomatica dell'eccesso di potere, bensì appartiene all'esercizio della discrezionalità amministrativa e quindi esorbita dal sindacato di legittimità del giudice amministrativo, quale quello condotto sul parametro dell'eccesso di potere». La Corte conclude enunciando siffatto principio di diritto: «In caso di concorso bandito dal Consiglio Superiore della magistratura per l'attribuzione di un incarico giudiziario travalica i limiti esterni della giurisdizione il Consiglio di Stato che, adito in grado d'appello avverso una pronuncia di primo grado avente ad oggetto la legittimità, o no, della Delib. CSM e quindi nell'esercizio dell'ordinaria cognizione di legittimità, *operi direttamente una valutazione di merito del contenuto della Delib. stessa e ne apprezzi la ragionevolezza*, così sovrapponendosi all'esercizio della discrezionalità del CSM, espressione del potere, garantito dall'art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura, invece di svolgere un sindacato di legittimità di secondo grado, anche a mezzo del canone parametrico dell'eccesso di potere quale possibile vizio della Delib. stessa» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

4. *La sindacabilità del merito in sede amministrativa giustiziale secondo la giurisprudenza*

Ad ogni modo, resta fermo che il giudice, tranne che nelle eccezionali ipotesi di giurisdizione di merito, non può sindacare l'opportunità della scelta della P.A.[82].

Una rivisitazione del merito della decisione è invece di regola con-seguibile, come si è anticipato, attraverso i ricorsi amministrativi ordinari. Si è osservato che l'art. 1, co. 1, D.P.R. 1199/1971, statuisce espressamente la esperibilità del ricorso gerarchico proprio «per motivi di legittimità e di merito»; e che un riesame della opportunità della scelta della P.A. può essere richiesto, se non è diversamente stabilito da una disposizione speciale, altresì mediante il ricorso gerarchico improprio e il ricorso in opposizione, la disciplina del ricorso gerarchico proprio applicandosi, allorquando non altrimenti previsto, anche ad essi[83].

Ciò premesso, è giunto il momento di provare a comprendere se la giurisprudenza ritenga possibile proporre i ricorsi in parola non solo *anche*, ma pure *esclusivamente* per vizi di merito.

Ebbene, sembra che i giudici non escludano affatto questa eventualità. Si è affermato che, attraverso il ricorso gerarchico al Prefetto, «la parte interessata può far valere in contraddittorio con l'Autorità emanante *ogni argomento ritenuto rilevante, anche di puro merito* e come tale non deducibile nel giudizio di legittimità»[84] (corsivo di chi scrive).

Inoltre, nell'interpretare l'art. 5, co. 1, D.P.R. 1199/1971, si è asserito che «il rinvio del provvedimento all'organo che lo ha emanato non costituisce obbligatoria

[82] Sul punto si v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. II, par. 15/12/2011, n. 4656, in *giustizia-amministrativa.it*, in cui, in ordine al ricorso proponibile al Ministero avverso il provvedimento conclusivo della verifica o della dichiarazione di interesse culturale, si asserisce che «La *ratio* della disposizione e la finalità dello strumento di garanzia costituito dal ricorso amministrativo in esame, non è solo quella, di evidente ispirazione liberistica, di tutelare esclusivamente gli enti proprietari dei beni in questione, consentendone la piena disponibilità, bensì anche quella di consentire, nell'interesse generale, all'Amministrazione di ravvisarne l'effettivo interesse storico-artistico, magari sfuggito in occasione del primo accertamento. Nel "prisma" dell'atto conclusivo della verifica di cui all'articolo 12», del Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, «tali interessi possono trovare adeguata ed effettiva tutela solo in sede di ricorso amministrativo, potendo il sindacato sulla sostanza delle decisioni di apposizione o meno del vincolo, nella forma piena "di legittimità e di merito", essere pienamente svolto esclusivamente davanti alla stessa autorità amministrativa in funzione giustiziale. Come già affermato dalla giurisprudenza, le esigenze sopra rappresentate non potrebbero trovare alcuna effettiva tutela in sede giurisdizionale, stanti i limiti che il sindacato del giudice amministrativo incontra, particolarmente stringenti nelle materie in esame […], essendo allo stesso precluso ogni sindacato sui vizi "di merito"».

[83] Secondo Cons. Stato, sez. I, par. 29/1/2021, n. 117, in *giustizia-amministrativa.it*, «il ricorso gerarchico, quale rimedio squisitamente amministrativo consentito per motivi di legittimità e di merito, si inserisce nella complessiva attività amministrativa […], venendo a far parte, in forma di riesame, di una unitaria attività procedimentale»; si esprime analogamente T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 26/3/2020, n. 3652, ivi, in cui si legge che «l'autorità amministrativa, adita in virtù del ricorso gerarchico, risulta investita di un potere sovrapponibile a quello già esercitato, nel senso che è tenuta a pronunciarsi sì sulle censure formulate con il rimedio amministrativo ma ha anche facoltà di integrare la motivazione del provvedimento impugnato, di confermare il contenuto di quest'ultimo sulla base di un percorso argomentativo differente o, ancora, di rivalutare interamente la fattispecie concreta (tenuto conto della titolarità in capo ad essa della stessa competenza dell'organo gerarchicamente subordinato […])».

[84] T.A.R. Basilicata-Potenza, sez. I, 18/4/2017, n. 316, in *giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

conseguenza dell'accoglimento, potendo l'Amministrazione limitarsi al mero annullamento cassatorio dell'atto impugnato, qualora ritenga […] il ricorso fondato *per motivi di merito* o per altri motivi di legittimità, sussistendo l'inutilità o la non necessarietà di ulteriore attività amministrativa sul punto»[85] (corsivo di chi scrive).
Appare significativo, poi, che in una pronuncia si è fatto riferimento all'accoglimento di un ricorso gerarchico «*"per motivi di merito"* (ovvero di mera opportunità)», senza porne in questione la legittimità[86].
Né sembra trascurabile, invero, che, in alcune decisioni, trova espressa menzione quella situazione giuridica soggettiva denominata 'interesse amministrativamente protetto', la cui esistenza, come è noto, non è generalmente riconosciuta in dottrina[87].
Il Consiglio di Stato, giudicando sul tema della assegnazione delle licenze UMTS, ha affermato che «l'esclusività dei tre blocchi contigui» su una banda di frequenza «in origine goduta dalla sola» operatrice di telefonia mobile appellante «nasce e si

[85] T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 4/1/2021, n. 17, in *giustizia-amministrativa.it*.

[86] Si v. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia-Trieste, sez. I, 19/11/2019, n. 475, in *giustizia-amministrativa.it*.

[87] La situazione in parola è senz'altro riconosciuta da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, vol. I, p. 106, secondo cui l'interesse amministrativamente protetto è «l'interesse che gli amministrati hanno a che le autorità, nel porre in essere gli atti che vengano eventualmente a incidere nella sfera dei loro particolari interessi, si attengano, nell'uso dei poteri discrezionali, al rispetto dei canoni di *buona amministrazione* – vale a dire non pongano in essere atti i quali, pur essendo legittimi, siano, dal punto di vista tecnico o della convenienza amministrativa, non appropriati. Il dovere di usare dei poteri pubblici in conformità delle norme di buona amministrazione (le quali, pur non essendo norme giuridiche, sono norme *d'azione* […]) è infatti imposto senza prendere specificamente in considerazione gli interessi degli altri soggetti, ma soltanto nell'interesse della generalità»; nella opinione dell'A., gli interessi amministrativamente protetti sono «indubbiamente differenziati rispetto agli interessi della generalità dei cittadini orientati nei medesimi sensi». Ritiene che la situazione in esame abbia dignità di esistenza anche G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., pp. 448-452, ad avviso del quale un soggetto vanta «un interesse *amministrativamente* protetto, se, e nella misura in cui, l'ordinamento gli consente, versando in una situazione fattualmente differenziata, di ricorrere alla stessa P.A., non per la legittimità, ma per il merito del provvedimento» (pp. 449-450). Alcuni Autori, invece, sostengono che non siano individuabili situazioni giuridiche soggettive diverse dai diritti soggettivi e dagli interessi legittimi: ad esempio, secondo V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 276, nel caso degli interessi che sono «oggetto, da parte dell'ordinamento […] di un atteggiamento positivo […] l'interesse diviene, in virtù della qualificazione dell'ordinamento, presupposto sostanziale di una situazione giuridica soggettiva; altrimenti, resta interesse, come suol dirsi, di mero fatto». Altra dottrina, poi, denomina gli 'interessi amministrativamente protetti' 'interessi semplici': così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 113-114, il quale definisce questi ultimi appunto come quegli «interessi che l'ordinamento considera, e in definitiva tutela, ma in una forma indiretta oppure globale e oggettiva, e quindi non si tratta di interessi di fatto nel vero senso della parola […]. Gli *interessi semplici* […] sono quegli interessi che ricevono considerazione e protezione non nelle e dalle norme giuridiche che disciplinano l'azione amministrativa, ma in quelle norme e criteri non giuridici ai quali pure tale azione è soggetta (e che riguardano il merito dell'atto amministrativo)». L'A., però, avverte che «Si tratta […] di una categoria […] che la più recente dottrina va abbandonando, perché gli interessi che la compongono sono destinati a confluire o nella categoria degli interessi legittimi o nella categoria degli interessi di fatto. I casi infatti sembrano due: o l'ordinamento prevede degli strumenti di tutela di questi interessi, strumenti mediante i quali si possono far valere i vizi di merito dell'atto amministrativo (ricorso amministrativo anche in merito; giurisdizione di merito) e allora i c.d. interessi semplici non sono che interessi legittimi […]; oppure l'osservanza del dovere di buona amministrazione non è giuridicamente sanzionata […] e allora si ricade negli interessi di fatto».

ISSN 2036-7821

atteggia come un interesse di fatto o, al più e secondo una ambigua e non felice definizione, un interesse occasionalmente protetto, ma non è effetto diretto dell'assegnazione, non è, cioè, il fine né rientra tra i fini perseguiti dall'Amministrazione nell'assegnazione del terzo blocco» all'appellante, «non è una causa o concausa del potere attribuitole dalle disposizioni in materia […], e in ultima analisi non è […] un *interesse amministrativamente protetto* né tutelabile in questa sede»[88] (corsivo di chi scrive).

Appaiono degni di nota, poi, i richiami alla situazione in oggetto che si ritrovano in alcune non recentissime pronunce concernenti il diritto di accesso, malgrado queste statuiscano sulla base di una disciplina parzialmente diversa da quella oggi in vigore. Ad esempio, il T.A.R. Lazio-Roma ha asserito che «Dal disegno complessivo della legge n. 241 del 1990 si evince […] una chiara limitazione soggettiva» di siffatto diritto, «sintetizzabile nella necessità di "un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti" di cui all'art. 2, comma 1, del D.P.R. 27 giugno 1992 n. 352 – recante regolamento per la disciplina delle modalità di accesso – non essendosi, in sostanza, collegato l'accesso direttamente al più ampio diritto alla informazione, ma semplicemente ad una situazione sostanziale identificabile nella sussistenza di un interesse, e ciò sulla base della considerazione che il diritto di accesso si pone in funzione strumentale alle esigenze di tutela di un determinato bene giuridico, tutela che non deve essere necessariamente di tipo giurisdizionale, essendo sufficiente una tutela meramente giustiziale e anche solo procedimentale, corrispondente a *interesse amministrativamente protetto* anche attraverso la funzione partecipativa alle scelte dell'Amministrazione»[89]; e, secondo una decisione del T.A.R. Calabria-Catanzaro, «se in linea generale il diritto all'accesso non richiede per il suo esercizio l'attualità della lesione e, quindi, l'interesse ad agire, ma pretende, la rilevanza della posizione del titolare e che l'interesse alla richiesta dei documenti si fondi su tale posizione […], diversamente si atteggia quando ha alla sua base l'interesse al rispetto delle regole di correttezza e di buona amministrazione. Infatti quest'ultimo, pur fuoriuscendo dall'alveo degli interessi di mero fatto che sono irrilevanti ed indifferenziati, viene riconosciuto come differenziato, ma non rilevante, se non nell'ambito dell'ordinamento settoriale dell'amministrazione in cui opera la regola di cui si chiede il rispetto e viene definito come un *interesse amministrativamente protetto*»[90] (corsivi di chi scrive).

---

[88] Cons. Stato, sez. III, 24/3/2015, n. 1572, in *giustizia-amministrativa.it*.

[89] T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 30/12/2002, n. 14756, in *giustizia-amministrativa.it*.

[90] T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, 28/2/2001, n. 342, in *giustizia-amministrativa.it*. Si v. anche T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 24/4/2002, n. 724, ivi, ad avviso della quale «la giurisprudenza afferma che la situazione che legittima l'esercizio del diritto di accesso non può essere verificata secondo i canoni utilizzati in sede giurisdizionale, in quanto è sufficiente che l'istante sia titolare di un *interesse amministrativamente protetto* e aspiri a una tutela meramente giustiziale o anche solo procedimentale» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

Ebbene, se, come si è osservato in dottrina, un soggetto è titolare di un interesse amministrativamente protetto quando «la sua posizione è differenziata sul piano del fatto», «il potere amministrativo non è stato esercitato illegittimamente» e «l'ordinamento giuridico gli consente di impugnare il provvedimento con ricorso amministrativo, al fine di ottenere che venga riconsiderato il merito della scelta della P.A.»[91], i riferimenti espressi alla situazione in parola rinvenuti nelle pronunce richiamate sembrano comprovare ancor più che, ad avviso della giurisprudenza, i ricorsi amministrativi ordinari, di norma, sono esperibili anche soltanto per vizi di merito.

In alcuni casi, invero, per potersi chiedere una rivisitazione della opportunità della decisione non è ritenuto necessario neppure che si versi in una posizione fattualmente differenziata, l'ordinamento consentendo di proporre il ricorso anche al titolare di un *interesse semplice* (altresì denominato *interesse di fatto*[92]), ossia al soggetto la cui posizione innanzi al potere amministrativo non presenta alcuna specificità, appunto, rispetto a quella in cui versano gli altri consociati.

Il T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Bolzano, ad esempio, esprimendosi in ordine all'art. 79, co. 5, Testo Unico delle leggi regionali sull'ordinamento dei Comuni della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige, giusta il quale «Entro il periodo di pubblicazione, ogni cittadino può presentare alla giunta comunale opposizione a tutte le deliberazioni»[93], ha affermato che «a differenza del ricorso giudiziale, l'opposizione *può essere presentata da ogni cittadino, anche per motivi di merito o di mera opportunità* […]. Il fatto stesso, che tutti i cittadini possono presentare opposizione avverso tutte le delibere del consiglio comunale, implica che *non occorra avere un particolare interesse qualificato e differenziato, o un particolare collegamento territoriale con la delibera* per opporsi. Essendo il diritto di opposizione fissato in una fonte di diritto primaria, non valgono eventuali restrizioni contenute in fonti di diritto di rango inferiore (esempio: regolamenti comunali). Le opposizioni sono considerate – dal legislatore – uno strumento utile che, coinvolgendo tutti i cittadini, consente al comune di trovare la decisione finale migliore»[94] (corsivi di chi scrive).

---

[91] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 450.

[92] I concetti di *interesse semplice* e *interesse di fatto* sono qui intesi nella accezione ad essi attribuita da G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., pp. 446-448.

[93] La disposizione così prosegue: «Le modalità, i termini e le procedure di risposta all'opposizione sono disciplinati con regolamento».

[94] T.R.G.A. Trentino-Alto Adige-Bolzano, sez. I, 2/10/2015, n. 295, in *giustizia-amministrativa.it*. Sono espressamente ritenute proponibili anche soltanto per vizi di merito pure le opposizioni avverso le deliberazioni pubblicate all'Albo pretorio *ex* art. 124, Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, sulle quali si v. T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, sez. I, 5/4/2012, n. 269, ivi, secondo cui «In linea di principio, la PA non è obbligata ad esaminare istanze provenienti da privati avverso atti già adottati ed esecutivi, qualora esse abbiano ad oggetto richieste di riesame per ragioni di merito amministrativo […].Tuttavia, nel caso di specie, tale principio necessita di un adeguato coordinamento con il peculiare regime giuridico e con lo scopo della pubblicazione all'Albo Pretorio di una deliberazione comunale. La pubblicazione di una deliberazione all'Albo Pretorio è finalizzata a rendere nota

ISSN 2036-7821

al pubblico l'avvenuta decisione dell'organo collegiale di governo dell'Ente (Consiglio o Giunta), per formare una presunzione di conoscenza in capo a soggetti che non sono direttamente presi in considerazione dall'atto (per questi ultimi è sempre necessaria la comunicazione personale): ciò assolve allo scopo di consentire ai suddetti terzi di formulare opposizioni all'atto prima che esso venga portato in esecuzione, ovvero quando ancora non si è consolidato l'assetto di interessi che la delibera prefigura. Nell'istituzione dell'Albo Pretorio si concretizza quindi quella più lata e risalente funzione partecipativa che è insita nella pubblicità degli atti e che ha costituito uno storico antesignano del sistema che poi è stato nel tempo costruito fino ad essere consacrato nella l. 241/90: essa risponde ad una delle più antiche forme di diffusione e conoscenza legale degli atti rivolti alla collettività, che, traendo le origini dalle istituzioni romane, ha trovato ininterrotta disciplina, nell'ordinamento nazionale, sin dall' articolo 62 del Testo unico della legge comunale e provinciale approvato con R.D. 3 marzo 1934, n. 383, poi confluito con varie modifiche di regime nell'odierno art. 124 del Dlgs 267/2000 e che ha ricevuto nuovo vigore dall'evoluzione della tecnologia che ne ha consentito una importante riedizione ed attualizzazione nella nuova veste dell'Albo Pretorio informatico (art. 32, L. nr. 69/2009). Nella prassi e nella giurisprudenza formatesi nel vigore delle normative poi susseguitesi, la pubblicazione all'Albo della deliberazione è stata sempre intesa come una fase integrativa dell'efficacia, che non incide sulla validità dell'atto, bensì solo sulla presunzione della sua conoscenza in capo ai terzi, tanto che la decorrenza dei termini dell'impugnazione dell'atto si computa a far data dalla scadenza dei termini di pubblicazione […], senza che rilevi l'eventuale dichiarazione di immediata esecutività, che soltanto anticipa – in via provvisoria e condizionata all'avvenuta pubblicazione – l'efficacia dell'atto. Pertanto, quando si presentano le osservazioni alla delibera nei termini di pubblicazione, l'atto non è ancora esecutivo, o comunque, non è definitivamente esecutivo e non si è ancora completata la fase integrativa dell'efficacia. Dunque, il meccanismo della pubblicazione della deliberazione all'Albo Pretorio e del conseguente differimento della efficacia dell'atto non può essere ridotto ad una mera forma di pubblicità fine a sé stessa, ed implica necessariamente il coordinamento tra fase integrativa dell'efficacia e le eventuali opposizioni, perché queste ultime, essendo proposte anteriormente all'esecutività definitiva della deliberazione, ne consentono, ove necessario, la tempestiva modifica, anticipando la correzione dei suoi effetti negativi o errati o inopportuni prima del loro consolidarsi. Quindi, per evidenti ragioni di effettività ed efficacia della tutela dell'interesse pubblico, che l'istituto vuole apprestare, va assicurato che, una volta presentate, le opposizioni siano effettivamente esaminate. Tenendo presente tuttavia che la presentazione delle suddette opposizioni non incide sulla validità dell'atto e non sospende il decorso dei termini di pubblicazione con la conseguente efficacia dell'atto medesimo (l'efficacia deriva, infatti, dal compimento dei termini di pubblicazione, art. 124 del Dlgs 267/2000), deve affermarsi che, secondo un principio generale di buona amministrazione, dalla ricezione al protocollo dell'Ente locale di istanze oppure reclami o anche opposizioni ed osservazioni alla delibera nei termini di pubblicazione, l'organo deliberante ha l'obbligo giuridico di pronunciarsi su di esse, con ogni statuizione consequenziale, *anche quando le stesse abbiano ad oggetto questioni di merito*. Infatti si tratta di una situazione in tutto e per tutto analoga a quella che si verifica quando, nel corso del procedimento e dunque prima dell'adozione del provvedimento, ossia in sede istruttoria, interviene un soggetto portatore di un interesse partecipativo che offre elementi di giudizio all'autorità procedente, così conformandone l'obbligo di motivazione. Naturalmente, nei casi in cui […] l'opposizione alla delibera si sostanzia in una ragione di opportunità e merito amministrativo, l'esame del contenuto dell'atto da parte del Comune avrà ampiezza e natura latamente discrezionale, con conseguente insindacabilità delle connesse pretese, quanto alla loro eventuale fondatezza, trattandosi in effetti di una proposta collaborativa, che l'Ente è libero di apprezzare nella sua discrezionalità, purché si pronunci al riguardo con atto espresso» (corsivo di chi scrive). Si esprime nello stesso senso T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *ter*, 13/1/2015, n. 406, ivi, in cui si legge che «In linea di principio, la PA non è obbligata ad esaminare istanze provenienti da privati avverso atti già adottati ed esecutivi, qualora esse abbiano ad oggetto richieste di riesame per ragioni di merito amministrativo […]. Tuttavia, la pubblicazione di una deliberazione all'Albo Pretorio è finalizzata a rendere nota al pubblico l'avvenuta decisione dell'organo collegiale di governo dell'Ente (Consiglio o Giunta), per formare una presunzione di conoscenza generale (e salvi i casi in cui è comunque necessaria la comunicazione personale a seconda del contenuto dell'atto): ciò assolve allo scopo di consentire a chiunque di formulare opposizioni all'atto prima che esso venga portato in esecuzione, ovvero quando ancora non si è consolidato l'assetto di interessi che la delibera prefigura».

ISSN 2036-7821

In definitiva, secondo la giurisprudenza, è possibile, in alcuni casi, agire in sede amministrativa giustiziale solo per ottenere una riconsiderazione del merito del provvedimento. Generalmente, per proporre un ricorso di questo tipo pare ritenersi necessaria la titolarità di una posizione – quantomeno – fattualmente differenziata; e tuttavia, talora la legittimazione ad esperirlo è riconosciuta altresì a chi vanti un mero *interesse di fatto*.

5. *Spunti ricostruttivi*

Terminato l'esame della giurisprudenza, è giunto il momento di provare a vagliare alla luce della teoria generale del diritto, della logica giuridica e dei principi generali dell'ordinamento, sia pur in breve, le risposte da essa offerte rispetto ai profili problematici evidenziati.

Riguardo al sindacato giurisdizionale sul merito, si è avuto modo di rilevare, anzitutto, che il cd. 'sviamento di potere', definito in maniera alquanto nitida, viene reputato sussistente solo se comprovato con rigore, e che un atto non può considerarsene inficiato qualora si fondi su una pluralità di ragioni autonome le une rispetto alle altre ed anche una sola di esse si riveli legittima. Ebbene, siffatte posizioni appaiono pienamente condivisibili: poiché il controllo sulla corrispondenza del fine perseguito dall'atto a quello fissato dalla norma ben potrebbe, in astratto, sfociare in un riesame della opportunità della scelta della P.A., lo sviamento sembra doversi ritenere concretato solo allorquando la deviazione dalla finalità prescritta sia inequivocabile[95].

Si è altresì osservato che, a differenza di quello che si presenta nella forma dello sviamento, l'eccesso di potere rilevato attraverso le ccdd. 'figure sintomatiche' non risulta tratteggiato con estrema linearità nella giurisprudenza contemporanea. In particolare, si è constatato che non è chiaro se le figure in parola abbiano realmente carattere sintomatico né, se sì, come vada effettuata in concreto la valutazione circa la legittimità dell'atto; e che il significato di molte di esse risulta dubbio[96].

Invero, non pare discutibile che i giudici amministrativi, nella maggioranza dei casi, tendano a considerare sufficiente il rinvenimento del 'sintomo' per sentenziare la

[95] Anche secondo G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 557, lo sviamento «ricorre quando la P.A. esercita il potere che le è stato assegnato per raggiungere, *in maniera palese*, un fine diverso da quello previsto dalla legge» (corsivo di chi scrive).

[96] Come rileva F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., pp. 290-291, «I ricorrenti continuano per lo più ad addurre motivi di ricorso basati sulla pretesa individuazione di figure sintomatiche di eccesso di potere, mentre le sentenze dei giudici amministrativi tendono sempre più a motivare la individuata illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione di principi di diritto regolanti l'attività amministrativa discrezionale nei quali hanno convertito le figure sintomatiche invocate dai ricorrenti».

ISSN 2036-7821

sussistenza del vizio. E parte della dottrina sembra non reputare criticabile tale orientamento[97].

Una riflessione sul punto deve necessariamente muovere, a parere di chi scrive, dall'idea che una figura sintomatica, per essere ritenuta causa di illegittimità del provvedimento, non può non indicare la violazione di una o più norme giuridiche dell'ordinamento generale[98].

Ora, fra le norme in questione pare doversi annoverare, *in primis*, quella che prescrive il fine che l'atto è chiamato a realizzare: ciò dacché non sembrano sussistere valide ragioni per discostarsi dall'autorevole insegnamento secondo cui il provvedimento può considerarsi viziato per una deviazione dall'obiettivo anche quando questa non si presenta nella forma dello sviamento, ma è individuabile attraverso una delle figure in esame[99].

Dall'analisi della giurisprudenza condotta, però, pare emergere che i casi in cui una figura sintomatica viene reputata causa di illegittimità dell'atto in quanto indice del mancato perseguimento del fine prescritto non siano numerosi. E tuttavia, in molte delle pronunce richiamate, le figure in parola sembrano comunque esprimere una violazione di una norma giuridica dell'ordinamento generale, esse segnalando la inosservanza di principi che informano l'esercizio della discrezionalità[100].

---

[97] Ad esempio, secondo F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere* cit., pp. 435-436, «codesto atteggiamento non rivela affatto una sorta di pigrizia del giudice amministrativo, ma piuttosto la giustissima intuizione che, almeno per le figure sintomatiche relative alla motivazione, l'atto deve rendere manifesta l'autorità *nel momento stesso in cui pretende di affermarsi*, che la motivazione è ancora spendita di autorità […], e che pertanto dopo l'instaurazione del giudizio non possono aversi operazioni di carattere ortopedico, le quali, paradossalmente, comporterebbero la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione»; subito a seguire, l'A. asserisce che «Una attenta riflessione, e un altrettanto attento esame dei casi definiti in sede giudiziaria, rendono palese l'insufficienza dei costrutti che trovano appunto nell'idea di sintomo, di segno o indizio il loro fulcro. Piuttosto raramente il giudice si preoccupa di precisare quale sia il vizio che dal sintomo dovrebbe essere rivelato; e ancor più raramente l'ipotesi di uno 'sviamento' viene in giudizio confermata».

[98] Alla luce di ciò, non pare ammissibile ritenere che l'eccesso di potere possa originare dalla violazione di un presunto principio di *logicità*. Sembra essere del medesimo avviso F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere* cit., p. 439, nella cui opinione «malgrado l'indubbia connessione tra la logica e la razionalità […], le due categorie non possono essere confuse [a meno che la logica non venga intesa nel senso paretiano, ciò che complicherebbe, e non di poco, il discorso dei giuristi]. D'altro canto il giudice, che deve pronunciarsi sulla decisione e sull'atto decisionale, non può assumersi il ruolo di garante della logica (mentre il controllo di razionalità e di ragionevolezza […] deve essere pensato come controllo sulla applicazione della norma)».

[99] Si intende far riferimento alla tesi di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., pp. 700-701, secondo la quale, quando le figure in parola «ricorrono, devono richiamare l'attenzione dell'operatore del diritto sulla necessità di verificare se, nel caso concreto, alla riscontrata figura sintomatica si accompagni realmente una divergenza, o almeno la mancanza della sicurezza della non divergenza tra risultato effettivo e risultato istituzionale e potenziale dell'atto. Ove la divergenza o l'ipotizzabilità di essa realmente sussista, potrà dirsi di essere in presenza di un eccesso di potere: nel primo caso sotto forma di *sviamento di potere*, nel secondo semplicemente sotto forma di vizio dell'*iter* logico di formazione dell'atto […] o […] di difetto di ragionevolezza (nella emanazione dell'atto). Altrimenti, nonostante la presenza della figura sintomatica, dovrà escludersi […] che si abbia illegittimità dell'atto».

[100] Nella autorevolissima opinione di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* cit., pp. 22-26, «tutte le varie ipotesi che sono considerate come situazioni sintomatiche sono riconducibili a tre ipotesi

ISSN 2036-7821

Invero, se «per imparzialità della P.A. deve intendersi la necessarietà che questa valuti, insieme all'interesse primario, tutti gli altri possibili interessi secondari (pubblici e privati) che nella fattispecie concreta interagiscono con quello assegnatole dalla legge», e «per buon andamento della P.A. il suo essere efficiente, e cioè la sua capacità di raggiungere il risultato prefissato dalla legge con il minor dispiego di energie possibile, e perciò di realizzare il massimo dell'interesse pubblico specifico con il minimo pregiudizio di tutti gli altri interessi coinvolti nell'azione amministrativa»[101], pare potersi affermare che, nella maggior parte delle decisioni analizzate, i 'sintomi' cui i giudici fanno riferimento denotano una violazione di uno dei due canoni fissati dall'art. 97, co. 2, Cost. Inoltre, non sembra controvertibile che la *disparità di trattamento* indichi una lesione del principio di eguaglianza[102].
A ben vedere, assai spesso, nelle figure in esame, e specialmente in quelle desumibili dalla motivazione, pare ravvisarsi non un mero 'sintomo' della inosservanza dei principi in oggetto, bensì una loro inequivocabile violazione. Ebbene, in ordine a tali

---

fondamentali, e precisamente: o ad ipotesi in cui si manifesta nell'azione amministrativa una violazione del principio di giustizia sostanziale (così nel caso generico della manifesta ingiustizia o nel caso più specifico della diversità di trattamento), o ad ipotesi in cui si manifesta una violazione del principio della ragionevolezza dell'agire amministrativo (così nel caso della illogicità manifesta o in quello della contraddittorietà tra motivi e dispositivo), o, infine, ad ipotesi in cui si palesa in quell'agire una violazione dei principî della stessa organizzazione amministrativa (così nell'ipotesi di violazione di circolari o di deviazione da una prassi consolidata). Appare così che fondamentalmente esse configurano ipotesi di violazioni di quei principî e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo». L'A., poco oltre, chiarisce che i principi in parola «costituiscono vere e proprie norme giuridiche e non principî di buona amministrazione. Questi ultimi infatti devono essere considerati come principî direttivi del concreto contenuto discrezionale dell'atto amministrativo (e in tale caso soltanto possono essere considerati come regole finali), mentre quei principî non riguardano se non del tutto indirettamente il contenuto dell'atto. Essi rappresentano infatti le esigenze generali cui l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta, e non determinano tale meta, neppure in quella forma generica ma concreta che è propria dei principî di opportunità» (p. 27).

[101] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 409.

[102] Va evidenziato che, se i principi di imparzialità e buon andamento vengono intesi nelle accezioni accolte in questa sede, quelli di ragionevolezza e proporzionalità paiono risultare inglobati in essi, non presentando autonomia concettuale. Non può sottacersi, invero, che parte significativa della dottrina ritiene il principio di ragionevolezza assai rilevante: fra gli altri, si v. F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo* cit., p. 7, il quale considera quello in parola «un principio generale del diritto, aperto, dai contorni non rigidamente e definitivamente delineati, ma duttile e a disposizione dei giudici *per un pregnante controllo sull'attività amministrativa discrezionale e sulle derive dell'eccesso di potere*» (corsivo di chi scrive); F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere* cit.; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa* cit. E però, neppure va tralasciato che questa stessa dottrina, generalmente, attribuisce al principio in oggetto un contenuto che sembra implicito nei significati che, nella presente indagine, si sono ritenuti propri dei canoni di imparzialità e buon andamento. Ad esempio, secondo G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa* cit., p. 942, «Il principio di ragionevolezza, come risulta dall'interpretazione sistematica di una certa giurisprudenza e dall'accoglimento di una determinata interpretazione teoretica del concetto di ragionevolezza, va infatti concettualmente circoscritto (pena una dilatazione eccessiva del principio stesso) come *adeguata considerazione degli interessi direttamente o indirettamente afferenti ad un rapporto amministrativo in cui diverse soluzioni (tutte astrattamente legittime) possano essere adottate*» (corsivo di chi scrive).

ISSN 2036-7821

fattispecie, la tendenza dei giudici a ritenere il rinvenimento di una figura sufficiente per sentenziare la sussistenza del vizio non sembra meritevole di censura[103].

Al contrario, nei casi in cui in una figura non si estrinseca una palese inosservanza di una norma giuridica dell'ordinamento generale, non pare ammissibile che la illegittimità dell'atto venga inferita direttamente dalla rilevazione del 'sintomo'. Questi casi non mancano, ed anzi, talune figure, come la violazione di norme interne e quella di una prassi amministrativa consolidata, paiono doversi considerare *sempre* quali semplici elementi indiziari di un eccesso di potere, il G.A. non potendo mai astenersi, dopo averle rinvenute, dall'effettuare una valutazione circa la loro idoneità a dimostrare la sussistenza del vizio, decretabile solo allorquando si constati una divergenza tra il fine perseguito e quello prescritto ovvero una lesione di principi informatori dell'esercizio della discrezionalità[104].

Tra l'altro, sembra ragionevole sostenere che la violazione di siffatti principi, per essere rilevabile, debba comunque risultare *manifesta*, la verifica della loro osservanza non potendo sfociare in una rivisitazione della opportunità della decisione amministrativa[105].

---

[103] Come osserva F. MERUSI, *La tecnica di attuazione della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., p. 291, «la violazione di un principio di diritto, cioè di una norma regolante la discrezionalità della amministrazione, porta le figure sintomatiche, così come convertite in violazione di principi di diritto, fuori dalla logica dell'istituto della presunzione. Non si presume una illegittimità che non si conosce direttamente, né tampoco una inopportunità dell'atto: se si viola una norma, ancorché di carattere generale, si commette una illegittimità in via diretta, senza bisogno di intermediazioni. E poco importa che il principio generale sia stato individuato dalla giurisprudenza o dal legislatore o da qualche altra fonte abilitata a farlo, come, ad esempio, le direttive o i regolamenti comunitari».

[104] Come rileva G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 562, «la pur accertata sussistenza della violazione di una norma interna *non implica necessariamente che ci sia stata effettivamente la deviazione*. Altrimenti, se così fosse, la violazione di una norma interna opererebbe come una vera e propria violazione di legge, e non rappresenterebbe una figura sintomatica dell'eccesso di potere. Insomma, la norma non sarebbe più interna, costituendo invece una fonte dell'ordinamento generale: sarebbe sufficiente acclarare la sua violazione per annullare l'atto, che risulta illegittimo per essere in contrasto con essa. E invece così non è. La violazione di norma interna integra semplicemente un sintomo dell'eccesso di potere, *e che il sintomo sia effettivamente sussistente non sempre significa che ci sia il vizio: occorre comunque che il giudice si convinca di ciò, solo allora potendo annullare il provvedimento*». L'A., poco oltre (p. 563), chiarisce che «Analogamente […], pure la violazione di una prassi amministrativa consolidata può essere dedotta in giudizio dal ricorrente come il sintomo – *ma, si badi bene, anche qui solo il sintomo* – di un eccesso di potere» (corsivi di chi scrive).

[105] Sul punto cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., pp. 326-327, secondo il quale «La cresciuta propensione a riconoscere la possibilità di sindacare per principi, unitamente all'aumentare dei medesimi, ha fatto emergere più che in passato il tema per cui, sotto le mentite spoglie di giudizi di legittimità, si celi invero la sostituzione delle visioni opinabili del giudice a quelle dell'amministrazione. In relazione a questa questione, occorre realisticamente prendere atto di due fatti. In primo luogo, non può dubitarsi della dimensione giuridica dei principi generali, sicché gli stessi, in quanto tali, non possono essere sottratti al controllo di legittimità […]. Una diversa opinione, infatti, che volesse sottrarre al giudice il potere di pronunciarsi sui profili sostanziali, finirebbe per porsi in contrasto con il quadro dei valori costituzionali […]. In secondo luogo, non par dubbio che i principi generali, proprio perché tali, si caratterizzino per disporre di un precetto mobile, costantemente in evoluzione, sicché in qualche misura l'opinabilità ne costituisce una connotazione endemica […]. Diviene, pertanto, necessario provare a ipotizzare delle linee di ragionamento capaci di ridurre il più possibile l'evenienza concreta

ISSN 2036-7821

Pare evidente che una violazione di tal genere sia accertabile più agevolmente qualora la P.A. abbia fatto ricorso alla tecnica che nel caso in cui l'atto costituisca espressione di discrezionalità 'pura'. Ciò in quanto, nella prima ipotesi, l'autorità giurisdizionale può, avvalendosi delle stesse conoscenze scientifiche di cui si è servita la P.A., valutare l'attendibilità delle operazioni tecniche da quest'ultima compiute[106].

Sembra opportuno precisare che non paiono rinvenirsi ragioni per reputare il mancato rispetto dei principi in questione causa di una violazione di legge, piuttosto che di un eccesso di potere. È vero, infatti, che detti principi costituiscono vere e proprie norme giuridiche, distinte dalla prescrizione che fissa l'obiettivo da realizzare; nondimeno, non sembra revocabile in dubbio che la verifica della loro osservanza implichi quella delicata indagine *sul* merito caratterizzante ontologicamente il sindacato sull'eccesso di potere[107].

In verità, non pare peregrino ritenere che anche la violazione di tali principi costituisca una deviazione dall'obiettivo fissato dalla legge, questo dovendo essere realizzato necessariamente in conformità degli stessi[108]. In altri termini, non sembra

---

della sostituzione del giudice all'amministrazione nelle ipotesi in cui ricorra opinabilità». Ebbene, ad avviso dell'A., «laddove le indagini, piene e autonome, condotte dai giudici non producano la giuridica "certezza" di un'illegittimità, la soluzione amministrativa assoggettata al vaglio non dovrebbe esser rivista, per assenza di smentita processuale. La decisione dell'amministrazione, in altri termini, dovrà ritenersi legittima, perché l'amministrazione ha liberamente preso una posizione che rientra nel novero delle possibilità che l'intero plesso normativo offre (o che, comunque, non smentisce). Da questo punto di vista, può allora tornare utile quella tradizionale posizione di dottrina e giurisprudenza che richiede che determinate patologie della decisione amministrativa emergano *in via palese e manifesta*, onde poter procedere all'annullamento dell'atto […]. I principi generali, infatti, in quanto momenti di aggregazione di comunità sempre più complesse, dovrebbero connotarsi quali sintesi pluraliste, sicché non parrebbe errato ritenere che *l'evidenza costituisca connotazione ontologica dei principi generali*, prima di essa non potendosi esprimere un contenuto normativo, non esistendo altro che il pluralismo delle idee» (corsivi di chi scrive). Cfr. altresì G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base* cit., p. 561, nella opinione del quale «la *manifesta* irragionevolezza della motivazione costituisce il livello di massima espansione del sindacato cui il giudice può legittimamente pervenire, oltre finendo per entrare nel merito della scelta, ciò che gli è precluso» (corsivo di chi scrive).

[106] Dottrina e giurisprudenza sovente definiscono tale sindacato 'intrinseco', distinguendolo da quello 'estrinseco', il quale, come rileva B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., p. 308, sarebbe condotto «senza ricorrere all'ausilio di nozioni tecniche» e si svolgerebbe «su di un piano formale e procedimentale, mirando a rilevare i soli vizi di procedura, di istruttoria e di motivazione».

[107] Non pare potersi accogliere la tesi, sostenuta da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* cit., p. 702, secondo la quale la *ingiustizia grave e manifesta* (che oggi, invero, non sembra rivestire una significativa rilevanza, essendo presa in considerazione assai di rado dalla giurisprudenza) e la *disparità di trattamento*, poiché si sostanziano in «manifestazioni di parzialità dell'Amministrazione e rappresentano quindi violazione di una norma giuridica a sé stante – quella contenuta nell'a. 97 Cost. (nonché nell'a. 3), che impone all'Amministrazione un comportamento imparziale nelle proprie determinazioni –», non concretano «casi di eccesso di potere, bensì di violazione di legge».

[108] Del resto, come osserva A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa* cit., p. 81, «esiste un solo modo di assicurare, oltre che la riferibilità formale, la reale rispondenza degli atti dell'autorità ai fini dell'istituzione; bisogna garantire l'introduzione e la presenza motivata nella decisione di ogni interesse che sia rilevante in ordine all'oggetto della volizione».

ISSN 2036-7821

illogico reputare che l'eccesso di potere si configuri, in ogni caso, sia come 'vizio della funzione' che come 'vizio del fine' dell'atto[109].
Ad ogni modo, tanto che si sostenga questa tesi, quanto che si consideri la lesione dei principi in esame una forma autonoma dell'eccesso di potere, resta fermo che il G.A. non può rivisitare la opportunità della scelta della P.A.[110].
Si è rilevato che un riesame *nel* merito di siffatta scelta è invece conseguibile, talvolta, in sede amministrativa giustiziale. E si è avuto modo di constatare che, secondo la giurisprudenza, talora all'interessato è consentito di ricorrere alla P.A. anche *solo* per chiedere il riesame in questione.
L'orientamento non può non essere condiviso. È vero, infatti, che l'art. 1, co. 1, D.P.R. 1199/1971, non sancisce espressamente la possibilità di proporre il ricorso gerarchico proprio (la cui disciplina, come si è osservato, fatte salve disposizioni specifiche, si applica altresì al ricorso gerarchico improprio e al ricorso in opposizione) esclusivamente per vizi di merito; nondimeno, detta possibilità sembra evincersi con certezza dall'art. 5, co. 1, del decreto, il quale, nel fissare i limiti entro cui l'organo decidente può esercitare il suo potere, prevede che, se accoglie il ricorso «per altri [oltre alla incompetenza] motivi di legittimità *o* per *motivi di merito*, annulla o riforma l'atto salvo, ove occorra, il rinvio dell'affare all'organo che lo ha emanato» (corsivi di chi scrive). L'uso della congiunzione «o» pare sciogliere il dubbio in maniera inequivocabile[111].

---

[109] In altri termini, se, da un lato, pare potersi affermare, secondo l'autorevole insegnamento di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* cit., p. 29, che i principi in questione «costituiscono la condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo», dall'altro non sembra irragionevole sostenere che la loro violazione, l'interesse pubblico dovendo essere necessariamente realizzato nel rispetto della disciplina della funzione, si estrinsechi in un vizio del fine dell'atto. In questa prospettiva, pare condivisibile la opinione di A. BERTOLDINI, *La tripartizione dell'invalidità nella giurisprudenza amministrativa* cit., p. 765, ad avviso del quale le figure sintomatiche originano «da un unico nucleo che, in linea generale, sintetizza tutte le situazioni in cui l'azione esercitata si è allontanata dalla *ratio* della norma attributiva del relativo potere».

[110] Cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., p. 323, il quale, pur auspicando il superamento della nozione di merito amministrativo, asserisce che «l'accesso pieno ai fatti non pare che possa di per sé significare che il giudice abbia il potere di sostituire la propria visione attorno ad essi, *in assenza del riscontro almeno di una voce di illegittimità*. Allorquando, infatti, la prospettiva assunta dall'amministrazione rimanga nella soglia dell'*opinabilità*, si dovrà escludere la sussistenza di un'illegittimità, con conseguente impossibilità di annullamento dell'atto impugnato» (corsivi di chi scrive).

[111] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Note in tema di ricorsi amministrativi e interessi amministrativamente protetti*, in corso di pubblicazione. L'opinione sembra trovare conforto nella manualistica. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, lascia intendere almeno in due punti di ritenere che sia possibile esperire un ricorso amministrativo anche soltanto per vizi di merito: laddove (vol. I, p. 677) afferma che «Nel caso di ricorso amministrativo presentato (*solo* o anche) per vizi di merito dell'atto impugnato», l'art. 6, D.P.R. 1199/1971, e l'art. 20, Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, non possono essere intesi «nel senso che il silenzio importi il rigetto del ricorso per i vizi di merito con esso denunciati, poiché, non essendo per questi, di massima, consentiti ulteriori rimedi, il ricorrente rimarrebbe altrimenti defraudato irragionevolmente al riguardo di quella stessa tutela che il legislatore si è proposto di accordargli»; e, più avanti (vol. II, p. 1235), laddove, indicando le diverse conseguenze del silenzio-inadempimento «a seconda che si tratti di un ricorso contro la cui decisione sarebbero ammesse

ISSN 2036-7821

Non sembra irrilevante, inoltre, che nell'Allegato alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa Rec(2001)9, del 5 settembre 2001, sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie fra le autorità amministrative e i privati, con la quale si esortano gli Stati membri a promuovere l'utilizzo di tali rimedi, si afferma che il *recours à l'administration* può riguardare «l'opportunità e/*o* la legittimità di un atto»[112] (corsivo di chi scrive).

Del resto, la piena realizzazione della tutela *nel* merito conseguibile in sede amministrativa giustiziale non pare risultare in contrasto con norme di rango costituzionale. Anzi, essa sembra contribuire alla attuazione della Carta: se si ritiene che il principio di buon andamento prescritto dall'art. 97, co. 2, imponga alla P.A. di conseguire il massimo dell'interesse pubblico specifico con il minimo pregiudizio possibile degli interessi secondari, pare difficile negare che il suo inveramento sia significativamente agevolato dal riconoscimento della possibilità di ricorrere alla autorità amministrativa anche *solo* al fine di ottenere una rivalutazione della opportunità della decisione[113].

Si è altresì avuto modo di constatare che, per proporre un ricorso amministrativo nel quale si facciano valere solo vizi di merito, la giurisprudenza sembra considerare necessaria, in genere, la titolarità di una situazione soggettiva – quantomeno –

---

ulteriori istanze (ricorso giurisdizionale o ricorso straordinario), ovvero non ne sarebbero ammesse», rispetto a quest'ultima ipotesi, nell'asserire che essa costituisce «la regola per i motivi di merito», sostiene che siffatti motivi possono essere «rappresentati – *da soli*, o unitamente a motivi di legittimità – dal ricorrente» (corsivi di chi scrive). Pare essere del medesimo avviso L. MAZZAROLLI, *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, vol. II, pp. 407 ss., 429-430: «Giurisprudenza e dottrina hanno ampiamente dibattuto la questione del permanere o del venir meno nel superiore gerarchico del potere di decidere il ricorso dopo formatosi il silenzio-rigetto. In particolare è stata sottolineata l'esigenza che tale potere continui a sussistere per i casi in cui, essendo un ricorso *fondato unicamente su motivi di merito*, l'atto dell'autorità inferiore non potrebbe essere fatto oggetto di ulteriore impugnativa né col ricorso straordinario né con quello giurisdizionale (a parte le eccezioni della giurisdizione di merito); si è, al riguardo, affermato che, solo ammettendo che ci si possa rivolgere al giudice per far dichiarare l'illegittimità del comportamento inerte dell'Amministrazione e che questa sia obbligata ad attivarsi ove il ricorso venga accolto […], la tutela che la legge ha voluto assicurare al cittadino col ricorso gerarchico *anche per motivi di merito* presenta una concreta consistenza, perché non mancherebbe un mezzo con cui renderla effettiva» (corsivi di chi scrive). E anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 160, sembra giudicare ammissibile la proposizione di un ricorso gerarchico soltanto per vizi di merito quando, ribadendo che «di regola, in sede giurisdizionale, non sono ammessi ricorsi per motivi di merito», fa espressamente riferimento «al caso di un ricorso gerarchico che contenga *solo* censure di merito» (corsivo di chi scrive).

[112] I metodi alternativi di risoluzione delle controversie cui si fa riferimento nella Raccomandazione sono il *recours à l'administration*, la *conciliation*, la *médiation*, la *transaction* e l'*arbitrage*. Sull'atto in questione cfr. N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie* cit., pp. 62-69.

[113] Come rileva M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giudiziale* cit., p. 601, «Attribuire ad un'autorità amministrativa diversa da quella che ha provveduto il potere di sindacare, *anche nel merito*, il provvedimento di questa, oppure consentire alla stessa amministrazione di rimeditare la propria scelta, sulla base di un confronto con la controparte realizzato all'interno di un contraddittorio procedimentale, *responsabilizza l'amministrazione e la avvicina al cittadino e ai suoi interessi*» (corsivi di chi scrive).

ISSN 2036-7821

fattualmente differenziata; e che non mancano casi, tuttavia, in cui ritiene legittimato ad esperirlo anche chi vanti un mero interesse di fatto.
Ebbene, alla luce dell'art. 1, co. 1, D.P.R. 1199/1971, giusta il quale il ricorso gerarchico proprio è presentabile «da parte di chi vi abbia interesse», pare ragionevole sostenere che, di norma, un ricorso amministrativo ordinario non sia esperibile da chi versi in una situazione fattualmente indifferenziata.
Invero, dovendo le norme la cui violazione origina i vizi di merito reputarsi, a parere di chi scrive, tendenzialmente irrilevanti per l'ordinamento generale, della loro inosservanza non essendo possibile lamentarsi, di regola, dinanzi al G.A., non sembra revocabile in dubbio che, per proporre un ricorso nel quale siano dedotti esclusivamente motivi di merito, sia sufficiente vantare un *interesse amministrativamente protetto*, ossia una situazione differenziata sul piano del fatto, ma non giuridicamente qualificata[114].
Peraltro, non pare inammissibile che, in taluni casi, l'ordinamento riconosca la legittimazione ad esperire il ricorso anche al titolare di un mero *interesse di fatto*: come si è constatato, la disciplina del ricorso gerarchico proprio si applica a quello gerarchico improprio e a quello in opposizione solo in assenza di disposizioni specifiche; e la possibilità che una *lex specialis* consenta a chiunque di agire in sede amministrativa giustiziale non sembra preclusa dal dettato costituzionale, da questo non ricavandosi che, per poter presentare il ricorso, sia sempre necessario versare in una situazione fattualmente differenziata[115].

6. *Brevi conclusioni*

[114] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 32-34, il quale, dopo aver rilevato che «Sono pacificamente considerate situazioni soggettive legittimanti» alla proposizione dei ricorsi amministrativi «sia l'interesse legittimo che il diritto soggettivo», afferma che «Limitatamente ai ricorsi ordinari, però, non sembra si possa escludere che venga considerata tale pure l'interesse amministrativamente protetto (chiamato così […], anche con il conforto della giurisprudenza, proprio perché trova tutela soltanto in sede amministrativa, e non giurisdizionale): ciò accade, evidentemente, laddove nel ricorso (ordinario) si facciano valere esclusivamente vizi di merito dell'atto impugnato, ipotesi la cui evenienza, secondo il testo della disposizione di legge, pare proprio doversi ritenere (quantunque in linea teorica ed astratta) più che plausibile. […] Naturalmente, di regola, laddove si configuri un interesse amministrativamente protetto, il soggetto vanta anche un interesse legittimo o un diritto soggettivo (cui il primo si aggiunge); ma non è vero sempre, perché ciò (almeno concettualmente) non è necessario: è sufficiente che la situazione sia fattualmente differenziata da quella degli altri consociati, altrimenti sussistendo solo un mero interesse semplice (o di fatto). La differenziazione fattuale, invero, normalmente si accompagna ad una situazione soggettiva di interesse legittimo o di diritto soggettivo, ma può determinarsi pure in base ad un interesse (sostanziale ad un bene della vita) semplice, purché differenziato, appunto, sotto il profilo fattuale, sebbene non sia altresì giuridicamente qualificato perché privo di una norma giuridica che lo sostanzi. […] Ora, sempre che ne ricorrano i presupposti in base alle disposizioni di legge che disciplinano la fattispecie, se il ricorso amministrativo è proponibile anche soltanto per vizi, o – è lo stesso – ragioni […], di merito, ebbene in questo caso sembra difficile negare che la situazione sostanziale vantata dal ricorrente (nei confronti della P.A.) sia di interesse (soltanto) amministrativamente protetto».

[115] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Note in tema di ricorsi amministrativi e interessi amministrativamente protetti* cit.

ISSN 2036-7821

Gli esiti cui si è pervenuti suggeriscono alcune considerazioni conclusive.
Anzitutto, pare emergere chiaramente che l'ampiezza del sindacato giurisdizionale posto in essere tramite l'eccesso di potere risulta, oggi, assai significativa. Se è vero, infatti, che, per conseguire il riconoscimento della sussistenza dello sviamento, è richiesta una prova rigorosa della deviazione dell'atto dalla sua finalità, lo è altrettanto che, mediante le ccdd. 'figure sintomatiche', i giudici effettuano un controllo penetrante sul rispetto dei principi informatori dell'esercizio della discrezionalità, spingendosi fino a rilevare la *irragionevolezza* del sacrificio degli interessi secondari, aspetto notevolmente prossimo, con ogni evidenza, alla opportunità della decisione.
Ciò non sembra meritevole di censura; anzi, un sindacato di questo genere appare necessario per garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 97, co. 2, Cost., se intesi nelle accezioni ad essi attribuite in questa sede. E però, la inosservanza di siffatti principi sembra doversi reputare accertabile solo se manifesta, in quanto, qualora il G.A. si spingesse oltre, finirebbe inevitabilmente per entrare nel merito della scelta[116].
Del resto, la vigenza del principio secondo il quale il G.A. non può, di regola, rivisitare la opportunità della decisione della P.A. non pare revocabile in dubbio, la attuazione di esso rivelandosi essenziale per l'inveramento del principio di separazione dei poteri, che continua a costituire uno dei cardini dello Stato di diritto[117].

---

[116] Sul punto cfr. G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa* cit., pp. 984-985, il quale, dopo essersi chiesto se la ragionevolezza possa «diventare schema di valutazione del giudice senza che questi sconfini arbitrariamente in giudizi di merito che, stante l'irresponsabilità politica dei giudici e la loro mancanza di *expertise* in determinate materie, dovrebbero ritenersi riservati alle amministrazioni», afferma che «È soprattutto l'idea del controllo di ragionevolezza come valutazione sul 'giusto' contemperamento degli interessi che ci sembra fuorviante e che si potrebbe prestare ad applicazioni pericolose». Ad avviso dell'A., «qualificare l'esercizio di poteri discrezionali in termini di giusto/ingiusto con riferimento alla ricerca di un punto ottimale di equilibrio tra interessi contrapposti non sembra corretto. E ciò per almeno due motivi: perché si utilizzerebbe nello schema di giudizio un concetto assoluto (quale quello di giustizia) riferito alla discrezionalità amministrativa che, in quanto valutazione comparativa di interessi, è soggetta a diverse variabili che non rendono possibile la determinazione di principi fissati come validi una volta per tutte, e perché, se il parametro di controllo fosse quello della giustizia del provvedimento, si finirebbe inevitabilmente per consentire al giudice di sostituire le proprie valutazioni (di soggetto neutro e terzo, quindi sicuramente più 'giuste') a quelle dell'amministrazione».

[117] Come osserva B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., pp. 262-263, «il principio della separazione dei poteri si mostra ancora prezioso e capace di governare le evoluzioni attualmente in corso, nella misura in cui afferma il divieto di cumulare in capo ad un medesimo soggetto, intitolato di potere, l'esercizio di funzioni eterogenee nel medesimo ciclo funzionale». L'A. aggiunge che «la naturale dimensione di controllo del principio in esame […] si dispiega su due livelli differenti. Un piano è quello dell'architettura istituzionale o meglio attiene all'essenza stessa del principio della separazione dei poteri, che, nel suo complesso, aspira a costituire un argine contro il rischio di degenerazioni e di abusi in danno delle libertà individuali. Il secondo può essere colto» considerando gli «svolgimenti del principio di separazione dei poteri nel corso del tempo. Può rilevarsi, infatti, che per quanto l'originaria raffigurazione di una distinzione, in linea di principio netta, tra poteri a cui spettano funzioni esclusive, sia stata superata, per quanto a questa si sia sostituita l'idea di una distribuzione trasversale delle funzioni tra i diversi poteri, il principio della separazione dei poteri conserva attitudine di governo giuridico della

ISSN 2036-7821

È altresì alla luce di ciò, com'è perspicuo, che il riconoscimento della possibilità di chiedere un riesame del merito della scelta in sede amministrativa giustiziale, anche senza dedurre, nel contempo, vizi di legittimità, riveste grande importanza.
Non può negarsi, invero, né che, probabilmente a causa della 'crisi' che da tempo interessa i ricorsi ordinari[118], sono poche le pronunce dalle quali possono inferirsi risposte in ordine ai profili problematici concernenti la tutela *nel* merito, né che questa non trova spesso considerazione in dottrina. Ebbene, dal momento che la sua piena realizzazione sembra poter contribuire in maniera significativa, come si è avuto modo di argomentare, a rendere l'azione amministrativa maggiormente conforme al dettato costituzionale, pare auspicabile che essa acquisisca nel diritto vivente uno spessore più ragguardevole[119].
In tale prospettiva, sembra apprezzabile che l'ordinamento, talora, riconosca la legittimazione ad esperire il ricorso altresì a chi versi in una situazione fattualmente indifferenziata, anche ciò parendo giovare alla qualità del contemperamento degli

realtà, nella misura in cui continua a postulare il tendenziale isolamento dagli altri poteri sovrani del potere giudiziario ed a quest'ultimo, costruito per indipendenza organizzativa, attribuisce il compito di frapporre un limite ed un freno all'azione degli altri poteri».

[118] Secondo B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale* cit., pp. 439-440, «Sono noti i difetti dei ricorsi disciplinati dal d.P.R. n. 1199 del 24 novembre 1971. Ad essi si addebita sia la mancanza di credibilità, dato che le amministrazioni non hanno mostrato nel tempo di saper e voler rivedere le proprie decisioni, sia l'assenza di regole ed istituti capaci di assicurare una revisione autonoma, indipendente ed autorevole dell'atto impugnato, sia ancora l'eliminazione di qualunque rapporto di pregiudizialità tra l'istanza amministrativa interna e il successivo ricorso giurisdizionale. Eliminazione peraltro divenuta inevitabile una volta apparso chiaro il fallimento del sistema rimediale amministrativo e la sua incapacità di rispondere alle istanze di protezione del cittadino».

[119] Sembra pienamente condivisibile l'auspicio di M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 661 ss., 664-665, secondo la quale «è possibile oggi una rilettura e un ripensamento» della amministrazione giustiziale, «in vista anche di quella diversificazione degli strumenti di tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione già da tempo sollecitata da una direttiva comunitaria (84/450) e da una Raccomandazione del Consiglio d'Europa (5 settembre 2001) sull'opportunità di valorizzare le c.d. *alternative dispute resolutions* (a.d.r.). Non c'è dubbio, infatti, che la rivitalizzazione della funzione giustiziale postuli necessariamente un recupero del ruolo dei ricorsi amministrativi che di questa costituiscono l'espressione più peculiare. Tale recupero non risponde soltanto ad esigenze di riduzione del contenzioso giurisdizionale […], ma risponde principalmente all'esigenza di assicurare ai cittadini nei confronti dell'amministrazione una tutela in tempi brevi e poco costosa (non è richiesta, infatti, l'assistenza di un avvocato), ma soprattutto estesa al merito, essendo solitamente l'organo adito con un ricorso amministrativo in possesso di quella capacità di giudizio sull'opportunità dell'azione amministrativa che difetta, in via di principio, in capo all'organo giurisdizionale. Nondimeno si parla, da tempo, di crisi dei ricorsi amministrativi […]. Orbene, la proposta di un rilancio dei ricorsi amministrativi non sembra» in contrasto con la Costituzione, da questa ricavandosi «indicazioni per un modello di amministrazione strutturato in modo tale che tutta l'attività amministrativa – e quindi anche l'attività amministrativa di risoluzione dei conflitti occasionati da un precedente atto amministrativo – si svolga secondo i principi di imparzialità e buon andamento […]. Si tratta […] di valorizzare al massimo quegli aspetti positivi, oggi al livello di potenzialità, che ognuno dei quattro differenti tipi di ricorso previsti e disciplinati nel nostro ordinamento presenta, così da farne, per i cittadini interessati, veri e propri strumenti di tutela concorrenziali rispetto alla funzione giurisdizionale».

ISSN 2036-7821

interessi compiuto dalla P.A., e quindi all'inveramento della Carta. E tuttavia, affinché l'ampliamento del novero dei soggetti capaci di agire sortisca questo effetto, sembra necessario che si tenga adeguatamente conto della esigenza di non rallentare in modo eccessivo l'azione amministrativa, altrimenti rischiandosi di pregiudicare l'attuazione del principio di buon andamento.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Note in tema di ricomposizione dei rapporti concessori

di Pasquale La Selva

(Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Perugia)

Sommario

1. Revisione del Piano Economico Finanziario e posizioni giuridiche soggettive connesse: inquadramento del problema; 2. Spunti di riflessione a partire dalla sentenza n. 239/2021 della Corte costituzionale; 3. Concetti giuridici indeterminati di valore e clausole generali: considerazioni sulla posizione di interesse legittimo riconosciuta in giurisprudenza; 3.1 Obbligo o dovere di negoziazione delle condizioni della concessione; 4. Concetti giuridici indeterminati empirici: considerazioni per il riconoscimento di una posizione di diritto soggettivo; 5. Accesso al fatto e ricerca della verità: il ruolo del giudice amministrativo nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati.

Abstract

The identifying criterion of the concession relationship understood as the traditional trilateral relationship between the granting administration, the concessionaire and the recipients of the public service, although it still has an independent value, has certainly changed with the advent of European Union law, which by not distinguishing the different positions subjective legal rights of the citizen as known to us, tends to generalize the traditional categories of authorizations and concessions, reducing them all to forms of ex ante control that the authority exercises before the start of a given activity in order to guarantee the correct application of the market competition rules.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Revisione del Piano Economico Finanziario e posizioni giuridiche soggettive connesse: inquadramento del problema

Il criterio identificativo del rapporto concessorio inteso come tradizionale rapporto trilaterale tra amministrazione concedente, concessionario e destinatari del pubblico servizio, per quanto abbia ancora un autonomo valore, è sicuramente mutato con l'avvento del diritto dell'Unione europea, che non distinguendo le diverse posizioni giuridiche soggettive del cittadino come da noi conosciute, tende a generalizzare le categorie tradizionali delle autorizzazioni e delle concessioni[1], riconducendole tutte a forme di controllo *ex ante* che l'autorità esercita prima dell'inizio di una data attività[2] al fine di garantire la corretta applicazione delle regole della concorrenza sul mercato[3].

Due sono gli elementi che attualmente caratterizzano il "nuovo" istituto della concessione dopo le modifiche introdotte dal diritto dell'Unione europea: il mantenimento dell'equilibrio del Piano Economico Finanziario (PEF) della commessa e l'assunzione, in capo al concessionario, del rischio operativo durante l'esecuzione della prestazione.

Mentre è diffusamente riconosciuto che il rischio operativo – ossia il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi – costituisce ormai elemento indefettibile delle concessioni[4], maggiori

[1] Sul tema si può rinviare a V. FERRARO, La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la Direttiva 2014/23/UE, in Riv. it. dir. pubbl. com., n. 3-4/2014, 835-866.

[2] La direttiva servizi 2006/123/CE, infatti, definiva "regime di autorizzazione" qualsiasi "procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio". Per una ricostruzione delle direttive europee in materia di servizi nella sua accezione più ampia si rinvia sempre a F. FRACCHIA, Servizi pubblici, cit., 413-419.

[3] Sul diritto dell'Unione europea "nemico" della discrezionalità amministrativa in materia di servizi pubblici si veda M. RAMAJOLI, Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario. Autonomia e responsabilità degli Stati membri nei confronti del disegno liberalizzatore comunitario, in Dir. Amm., n. 4/1993, 593, secondo la quale il diritto comunitario si rivolgerebbe principalmente alle imprese e di conseguenza anche il concessionario di pubblico servizio viene considerato dall'Ordinamento europeo quale imprenditore che opera in un determinato mercato; per F. FRACCHIA, Servizi pubblici, cit., 421 ed E. PICOZZA, Alcune osservazioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano, in Studi in memoria di F. Piga, Vol. 1, Milano, 1992, 741, il principio che ispira la disciplina europea è quello della realizzazione degli obiettivi prefissati dalla norma mediante la partecipazione di tutti gli attori del gioco della concorrenza che hanno posizioni paritarie, tra cui rientra anche l'amministrazione, la quale può pertanto ricorrere allo strumento del contratto.

[4] Sul tema del rischio operativo quale elemento caratterizzante la concessione dopo le modifiche del diritto UE è sufficiente rinviare a quella giurisprudenza che, nel tentativo di distinguere la "nuova" concessione dall'appalto, aveva, in un primo momento, attribuito rilevanza alla struttura del rapporto che intercorre tra due soggetti (stazione appaltante e appaltatore) nel caso dell'appalto di servizi ed invece tra tre soggetti (amministrazione concedente, concessionario e utente) nel caso della concessione di servizi, per poi individuare, in un secondo momento, nel solo rischio economico l'elemento qualificante la concessione. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624; Id., Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22; Cass. Civ., Sez. Un., 20 aprile 2017, n. 9965; Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2018, n. 1811.

ISSN 2036-7821

problemi applicativi e interpretativi reca il mantenimento dell'equilibrio economico finanziario, ossia la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria[5], se posto in relazione alla posizione giuridica soggettiva del concessionario.

Il tema del riequilibrio del piano economico finanziario è stato introdotto dal Legislatore italiano, in sede di recepimento della disciplina europea in materia di concessioni, al fine di contemperare la scelta del Legislatore europeo di costruire l'istituto esclusivamente attorno al tema del rischio operativo (quasi aleatorio) del concessionario[6]. La *ratio* di tale integrazione normativa si rinviene, pertanto, nella necessità di mantenere la continuità e qualità del pubblico servizio reso salvaguardando, in qualche misura, l'interesse pubblico[7].

L'art. 165 del Codice dei contratti pubblici dispone, pertanto, che l'equilibrio economico finanziario rappresenta il primo presupposto per una corretta allocazione dei rischi; nondimeno, allorquando si verifichino fatti non riconducibili al concessionario che incidono sul mantenimento dell'equilibrio, è possibile revisionare il PEF al fine di rideterminarne le condizioni di equilibrio, ferma la permanenza dei rischi operativi in capo al concessionario[8].

Il venir meno dell'equilibrio originario causa non pochi problemi quando l'attività oggetto di concessione sia da qualificarsi come attività di pubblico servizio[9]. Non solo

---

[5] Art. 3, comma 1, lett. fff), D.Lgs. n. 50/2016.

[6] Secondo G. GRECO, Le concessioni, di lavori e di servizi (dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D.Lgs. n. 50/2016), in Riv. it. dir. pubbl. com., n. 3-4/2018, 519, il Legislatore italiano in sede di recepimento avrebbe così evitato l'assunzione da parte della concessione di caratteri di aleatorietà "tali da contrastare con l'interesse (pubblico) all'esecuzione dell'opera e alla relativa gestione, nonché allo svolgimento del servizio". Per E. BOSCOLO, Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela, in Riv. giur. ed., n. 4/2022, 288, le soluzioni normative interne all'ordinamento volte alla salvaguardia del rapporto concessorio tendono a sfumare, "sino quasi al punto di restare pressoché soltanto nominale" la centralità dell'allocazione del rischio operativo. Di trasferimento del rischio operativo come trasferimento della "posizione economica complessiva della Amministrazione" parla F. GOISIS, Il rischio ecomomico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali, in Dir. Amm., n. 4/2015, 746, al quale si può rinviare anche per una disamina più ampia sul concetto della trilateralità dei rapporti concessori.

[7] Tutt'oggi la concessione resta lo strumento principale per lo svolgimento di attività di pubblico servizio. Non a caso F.G. SCOCA, La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici, in F. ROVERSI-MONACO (a cura di), Le concessioni di servizi pubblici, Roma, 1987, 25-26 rileva come la gestione di un servizio pubblico può essere affidata a terzi mediante appalto e concessione, ma quest'ultima è storicamente la più utilizzata.

[8] Art. 165, c. 6, Codice dei contratti pubblici.

[9] Come osservano R. VILLATA, S. VALAGUZZA, Pubblici servizi, Torino, 2021, 132, le concessioni di diritto unionale hanno maggiore estensione e non coincidono necessariamente con le concessioni di pubblico servizio di diritto interno, nelle quali, invece, si assume come necessario il soddisfacimento dei bisogni della collettività, soprattutto in ipotesi di fallimento del mercato nell'erogazione di taluni servizi. La natura sostanzialmente contrattuale delle concessioni di diritto UE ha indotto la dottrina a concludere che il problema di distinguere tale istituto dalle tradizionali concessioni di pubblico servizio rappresenta "un problema più di sostanza, attinente a diversità di istituti, di principi, di norme fondamentali". Così N. MARZONA, Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno – diritto comunitario, in Riv. it. dir. pubbl. com., n. 2/1991, 436; della stessa A. si veda anche Struttura giuridica dell'amministrazione nel confronto tra diritto comunitario e diritto interno, in V.

ISSN 2036-7821

il concessionario, ma anche la pubblica amministrazione si troverà costretta ad affrontare ulteriori costi non previsti e che non riusciranno ad essere coperti dai ricavi previsti nel PEF in condizioni normali di mercato[10]. Così, dinanzi alla concretizzazione del rischio operativo, in tali circostanze ciò che assume maggior valore per l'amministrazione è il rischio di non poter più assicurare alla collettività un adeguato standard di qualità dei servizi resi.
Proprio sulla rideterminazione delle condizioni di equilibrio del PEF – e sul connesso tema della revisione del canone di concessione – sul quale possono incidere "fatti non riconducibili al concessionario" la dottrina e la giurisprudenza hanno assunto, di volta in volta, posizioni contrastanti, in particolare con riferimento alla posizione giuridica soggettiva del concessionario che avanza richiesta di revisione. La determinazione della posizione giuridica soggettiva nell'ambito del diritto soggettivo, ovvero dell'interesse legittimo, costituisce un momento successivo rispetto all'attività cognitiva del fatto della pubblica amministrazione, e si determina solo se si riesce a comprendere se l'attività dell'amministrazione che segue l'istanza di revisione sia una vera e propria valutazione discrezionale, o se si tratti di mera applicazione al caso concreto di nozioni tecniche o scientifiche, che talvolta possono anche presentare margini di opinabilità.
Sul tema della revisione del piano economico finanziario e del canone di concessione è da ultimo intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 239 del 7 dicembre 2021, che offre importanti spunti di riflessione che vale la pena di approfondire al fine di indagare sulla posizione giuridica soggettiva del concessionario che avanza istanza di revisione del piano economico finanziario o del canone di concessione.

2. Spunti di riflessione a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 239/2021
La vicenda prende le mosse dalla domanda di un concessionario di pubblico servizio di distribuzione del gas naturale di accertare e dichiarare il diritto di non dover riconoscere all'amministrazione il canone di concessione dopo il termine di scadenza del contratto e, in subordine, di vederselo comunque rideterminato. Sicché, il Collegio arbitrale presso la Camera arbitrale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 453, della legge 11 dicembre 2016, n. 232, in materia di pubblico servizio di distribuzione del gas naturale. La norma censurata chiarisce che la previsione di cui all'art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164/2000, in virtù della quale il gestore uscente resta obbligato a

---

ANGIOLINI, N. MARZONA, Diritto comunitario, diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi, Padova, 1990, 101. In maniera più succinta è G. GRECO, Le concessioni, cit., 509, il quale osserva che "la concessione è configurata ad immagine e somiglianza dell'appalto". In giurisprudenza rileva Cass., SS.UU., 8 luglio 2019, n. 18267 in cui si rileva che "la distanza tra le figure dell'appalto e della concessione, su impulso del diritto eurounitario, si è andata riducendo fino a dissolversi, costituendo ormai entrambe contratti a titolo oneroso".

[10] Per un recente studio sul tema si può rinviare a E. BOSCOLO, Stabilità e adattamento, cit., 281-308.

ISSN 2036-7821

proseguire la gestione del servizio fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento, è da intendersi nel senso che il gestore uscente resta obbligato, anche dopo la scadenza prevista nel contratto e durante il regime di proroga, al pagamento del canone di concessione[11].

Secondo il Collegio la disposizione censurata produce talune problematiche relative alla portata potenzialmente illimitata della gestione *ex lege* del servizio, in quanto si porrebbe in contrasto con i principi di ragionevolezza e di certezza del diritto, nonché con i principi di legittimo affidamento del gestore del servizio e di certezza dei rapporti giuridici. Sussiste, in effetti, il rischio che l'inerzia della pubblica amministrazione nel bandire una nuova procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione del servizio possa ragionevolmente rappresentare un problema per il gestore uscente in regime di proroga, che si troverebbe obbligato a svolgere il servizio *sine die* e in condizioni antieconomiche.

La Corte costituzionale, malgrado dichiari inammissibile la questione di legittimità costituzionale della disposizione censurata, riconosce tuttavia che la proroga *ex lege*, al ricorrere di determinate circostanze, potrebbe effettivamente determinare un irragionevole squilibrio delle prestazioni contrattuali, e che per ovviare a tali possibili conseguenze negative l'ordinamento prevede appositi strumenti, e segnatamente, l'attivazione dei poteri sostitutivi previsti dallo stesso art. 14, comma 7, del d.lgs. n. 164/2000, nonché i rimedi processuali avverso il silenzio della pubblica amministrazione, con contestuale domanda di risarcimento del danno patito dal concessionario.

Il Giudice delle leggi offre così ben tre spunti di riflessione a partire dai quali è possibile muovere la presente indagine: il primo, certamente più rilevante nell'economia del presente lavoro, si riferisce alla possibilità (prevista dall'art. 165 del Codice dei contratti pubblici) per il concessionario di chiedere e ottenere la revisione del piano economico finanziario; il secondo spunto di riflessione è collegato all'attivazione (ove prevista per legge, come nel caso del servizio di distribuzione del gas) dei poteri sostitutivi; il terzo ed ultimo spunto consente di riflettere, infine, sulla portata del sindacato generale di legittimità del giudice amministrativo e sull'accesso di quest'ultimo al fatto.

---

[11] L'art. 1, comma 453, della L. n. 232/2016 così dispone: "l'articolo 14, comma 7, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, si interpreta nel senso che il gestore uscente resta obbligato al pagamento del canone di concessione previsto dal contratto. Le risorse derivanti dall'applicazione della presente disposizione concorrono al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica da parte degli enti locali". A sua volta, la norma oggetto di interpretazione autentica (art. 14, c. 7, d.lgs. n. 164/2000) così dispone: "gli enti locali avviano la procedura di gara non oltre un anno prima della scadenza dell'affidamento, in modo da evitare soluzioni di continuità nella gestione del servizio. Il gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento. Ove l'ente locale non provveda entro il termine indicato, la regione, anche attraverso la nomina di un commissario ad acta, avvia la procedura di gara".

ISSN 2036-7821

3. Concetti giuridici indeterminati di valore e clausole generali: considerazioni sulla posizione di interesse legittimo riconosciuta in giurisprudenza

Il primo dei tre argomenti oggetto d'indagine non può che prendere le mosse dal dettato normativo. L'art. 165, comma 6 del Codice dei contratti pubblici dispone, in maniera non dissimile rispetto all'art. 192 del nuovo Codice (D.Lgs. n. 36/2023) le cui disposizioni produrranno efficacia a partire dal prossimo 1 luglio, che "il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio"[12].

La disposizione citata riconduce inequivocabilmente nell'area della mera possibilità – e non già della certezza – la fattispecie della revisione del piano economico finanziario, subordinandola ad un concetto giuridico indeterminato, ossia al verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario.

Una interpretazione sistematica della norma non darebbe adito a dubbi in quanto la mera possibilità del concessionario di ottenere la revisione può concretizzarsi in certezza solo all'esito di una manifestazione di volontà dell'amministrazione, specie se tale volontà si estrinseca all'esito di una attività interpretativa di un concetto giuridico indeterminato.

Spetta tuttavia determinare – e ciò genera non poche complessità – se l'indeterminatezza del concetto giuridico di "fatti non riconducibili al concessionario" (e comunque di "eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili", secondo la formulazione lessicale impiegata dal nuovo Codice) vada ascritta alla categoria dei concetti empirici o descrittivi, o a quella dei concetti normativi o di valore[13]. La scelta dell'una o dell'altra interpretazione è dirimente in quanto nel

[12] Nel nuovo Codice dei contratti pubblici la revisione del contratto di concessione si colloca in una disposizione a parte (art. 192), rubricata "Revisione del contratto di concessione", il cui comma 1 così dispone: "Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto. L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa". La nuova disposizione modifica in parte quella precedente, puntualizzando le condizioni e i limiti dell'istituto conformemente a quanto previsto dall'art. 43 della Direttiva 2014/23/UE sulla modifica dei contratti di concessione. In tema di veda C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Vol. I, Napoli, 2023, 941.

[13] È nota la distinzione, in origine operata da W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, Berlin, 1931 tra concetti che vincolano il soggetto ad un approccio meramente interpretativo (unbestimmte Rechtsbegriffe) e concetti attributivi di potere discrezionale (unbestimmte Begriffe). Per C.H. ULE, Verwaltungsprozeβrecht, Mu◎nchen, 1983, 9, vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali o descrittivi che conducono ad una sola interpretazione e i concetti normativi, che invece conducono a soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide. La teoria di Jellinek è stata ripresa, in Italia, da F. LEVI, L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, Torino, 1967,

ISSN 2036-7821

primo caso l'attività interpretativa dell'amministrazione ricadrebbe nell'alveo delle valutazioni tecniche, mentre nel secondo caso in quella della discrezionalità c.d. "pura".

Tuttavia, prima di tentare di individuare la corretta accezione del concetto giuridico in questione, è opportuno operare una chiarificazione preliminare sulla relazione tra i concetti giuridici indeterminati, noti nel diritto pubblico, e le clausole generali, note, invece, nel diritto privato. In un diritto amministrativo che "fugge" sempre più spesso nel diritto privato, l'operazione di distinzione[14] delle due categorie è nondimeno utile per evitare una sovrapposizione dell'attività interpretativa dell'amministrazione con l'attività interpretativa del giudice, e ciò in quanto, sia per i concetti giuridici indeterminati, sia per le clausole generali, secondo le teorie civilistiche più accreditate e che meglio si sono occupate del tema è presente un momento interpretativo (e talvolta valutativo e poi integrativo nell'ipotesi delle clausole generali) del dato indeterminato della norma.

Se il tentativo di operare una distinzione è utile alla presente indagine, d'altro canto non sembra invece proficuo avventarsi, in questa sede, nella individuazione di parametri univoci per la separazione dei concetti giuridici indeterminati dalle clausole generali, atteso che entrambi presentano un elevato grado di indeterminatezza che sbiadisce la linea distintiva delle due categorie[15]. Ciò che

253-259, il quale aggiunge che "la distinzione tra «concetti» descrittivi e di valore è, già su un piano teorico, meno netta di quanto appare a prima vista. È stato dimostrato che il giudizio di valore, portato su un soggetto o su un comportamento, può avere come parametro una norma ovvero un interesse e che in questo secondo caso non è, a stretto rigore, corretto considerare il giudizio sul rapporto tra fatto ed interesse come di valore: invero non solo l'oggetto, ma anche il criterio del giudizio appartiene al mondo della realtà". Per una recente ricostruzione della dottrina tedesca sul tema si veda invece E. FERRERO, Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni, in Dir. proc. amm., n. 3/2014, 759-790, mentre, per una visione d'insieme sul tema dei concetti indeterminati si veda S. PERONGINI, Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentale, in P.A. Pers. e Amm., n. 1/2018.

[14] In tema si veda a K. ENGISCH, Introduzione al pensiero giuridico, Milano, 1970, 170 e ss., il quale distingue i concetti giuridici indeterminati, i concetti normativi, i concetti di discrezionalità e le clausole generali. Vale la pena riportare i criteri distintivi individuati dall'A. in quanto hanno rappresentato la base di partenza delle elaborazioni dottrinali successive. Secondo Engisch i concetti indeterminati sono concetti il cui ambito ed il cui contenuto sono molto incerti (170), mentre le clausole generali sono una forma di fattispecie che descrive con grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica (193). L'A., citando un passaggio dell'opera di H.C. NIPPERDEY, Die Generalklausel im künftigen Recht der uderlaubten Handlungen, München, 1940, spiega che sono possibili due sistemi di regolamentazione legislativa: "o si elencano singole fattispecie […] o si costruisce una fattispecie unitaria". Da qui le teorie successive che hanno identificato le clausole generali come tecnica legislativa volta ad evitare elencazioni di singole fattispecie riferibili alla norma. Più in generale si veda anche A. DI MAJO, Clausole generali e diritti delle obbligazioni, in Riv. crit. dir. priv., 1984, 539 e ss; ID., Delle obbligazioni in generale, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), Commentario del codice civile, Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, 305 e ss., invece, opera una distinzione tra clausole generali, concetti indeterminati elastici, concetti normativi e disposizioni normative che attribuiscono ai giudici poteri di libero apprezzamento.

[15] Nella dottrina civilistica si è in un primo momento osservato che le clausole generali sarebbero forme della fattispecie che in virtù della loro generalità possono disciplinare un ampio numero di casi ovviando

ISSN 2036-7821

sembra solamente utile rilevare, per ora, è che le clausole generali – la cui interpretazione comporta, secondo la più recente elaborazione della dottrina prettamente civilistica, un giudizio sul valore – sembrerebbero essere sostanzialmente assimilabili a quelli noti nel diritto amministrativo come concetti giuridici indeterminati normativi o, per l'appunto, di valore[16].

Ma la dottrina civilistica che si è occupata di concetti giuridici indeterminati e clausole generali fonda da sempre le proprie teorie muovendo dall'attività interpretativa del giudice, mentre nel diritto amministrativo il primo interprete della norma, nonché il primo soggetto chiamato ad applicarla, è proprio la pubblica amministrazione. È così opportuno ricordare che mentre l'attività interpretativa della norma astratta operata dalla pubblica amministrazione costituisce attività di mera applicazione senza coinvolgere l'interesse pubblico[17] (e ove ciò accada, avviene nei

all'inconveniente della fattispecie di costruzione casistica, mentre i concetti indeterminati sarebbero concetti dall'ambito incerto, da cui si distinguono i concetti normativi, ossia nozioni legali che per essere applicate al caso singolo hanno bisogno di una valutazione dell'interprete idonea ad integrarne il contenuto; così A. GUARNERI, Clausole generali, in D. disc. priv. sez. civ., Vol. II, 1988, 403. Altra dottrina ha identificato le clausole come una tecnica legislativa caratterizzata da forte indeterminatezza che consente l'ingresso, nel mondo del diritto, di principi extra-legislativi; così A DI MAJO, Clausole generali e diritti delle obbligazioni, in Riv. crit. dir. priv., 1984, 539 e ss. Secondo S. RODOTÀ, Le clausole generali, in G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), I contratti in generale, Vol 1, Torino, 1991, 403, non vi sarebbe una autonoma distinzione tra le due categorie, ma l'A. contrappone ad una indeterminatezza involontaria, che deriva dalla formulazione equivoca della norma, una indeterminatezza intenzionale, che accosta alla fattispecie delle clausole generali. Secondo B. RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung, Frankfurt am Main, 1973, 211 e L. CAIANI, I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica, Padova, 1954, l'indeterminatezza delle clausole generali si muoverebbe, a differenza dei concetti (la cui indeterminatezza è dovuta dalla formulazione linguistica della norma), sul piano del valore. Chi ha criticato questa ultima impostazione ha attribuito rilievo al ruolo del giudice osservando che "quando ricorre una clausola generale il giudice concorre a formulare la norma, mentre nel caso di concetti indeterminati si limita a riscontrare il ricorrere nel fatto concreto dell'elemento (elastico) indicato nella fattispecie"; così C. CASTRONOVO, Problema e sistema del danno da prodotti, Milano, 1979, 107. La linea è stata mantenuta da A. BELVEDERE, Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme, in Politica del diritto, 1988, 635, che parla di "attività di produzione normativa del giudice […] condizionata ed indirizzata da un'attività interpretativa, esercitata sul termine che indica la clausola generale e volta ad individuare la ratio della disciplina che deve essere posta". Successivamente, G. D'AMICO, Note in tema di clausole generali, in In Iure Praesentia, 1989, 434 e ss., tenta di riassumere gli ultimi approdi individuando i tratti distintivi delle clausole generali nella colleganza con i giudizi di valore e con l'attività del giudice, in quanto la mera indeterminatezza linguistica non basterebbe. Per altre ed ulteriori teorie che hanno introdotto nuove dizioni in luogo di quella di clausole generali si può rinviare a E. FABIANI, voce Clausola generale, in Enc. Dir., Annali V, Milano, 2012, 183-253.

[16] Tanto che la più recente dottrina amministrativistica non si crea il problema di distinguere necessariamente le clausole generali dai concetti giuridici indeterminati, ma ne fa una questione eminentemente lessicale in cui i concetti sarebbero, secondo un'espressione invalsa nel diritto amministrativo, proprio le clausole generali note nel diritto privato. Sul punto si veda M. CLARICH, M. RAMAJOLI, Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo, Pisa, 2021, 9.

[17] Come osserva F.G. SCOCA, La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 4/2000, 1046 e 1053, uno dei meriti di Giannini è quello di aver sottratto la discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa. L'A. osserva che la "rivoluzione gianniniana" (il riferimento all'opera è M.S. GIANNINI, L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione, Milano, 1939) ha posto al centro della nozione di discrezionalità l'interesse pubblico, superando definitivamente le tesi che la rapportavano al completamento, all'integrazione o all'interpretazione della norma da applicare,

ISSN 2036-7821

limiti delle norme attributive dei poteri e del principio di legalità), l'attività interpretativa del giudice – di carattere integrativa in funzione ausiliaria del Legislatore – si connota, invece, per la presenza di momenti di creatività; ma è proprio a causa di tale creatività integrativa della norma che le elaborazioni civilistiche sono, per certi versi, inidonee ad essere trasportate nel diritto amministrativo e non rendono sovrapponibile il ruolo del giudice con il ruolo dell'amministrazione[18], e ciò sia perché, in quest'ultima disciplina, l'agire amministrativo non è pienamente libero[19] e pertanto non può andare oltre le norme attributive, e sia perché all'attività interpretativa del giudice si interpone sempre l'attività interpretativa dell'amministrazione[20]. La questione, dunque, non attiene più alla catalogazione delle diverse forme di indeterminatezza della norma, ma direttamente alla loro interpretazione e dunque all'accesso e alla conoscibilità del fatto, che talvolta può comportare la mera applicazione di un precetto normativo o l'applicazione di regole tecniche, talaltra può riguardare una più ampia valutazione sull'interesse pubblico[21].

---

sicché, "le valutazioni discrezionali finiscono di essere considerate vicende normative o questioni di diritto e assumono la loro effettiva identità di questioni di fatto, di ricerca del modo migliore di cura dell'interesse pubblico".

[18] Dello stesso avviso non è S. COGNETTI, Sindacato giurisdizionale tra discrezionalità amministrativa e indeterminatezza della norma, in AA.VV., Scritti per Franco Gaetano Scoca, Vol. 1, Napoli, 2020, 1020, il quale ritiene che, in tema di attività interpretativa della norma, nel "rapporto fra legge e amministrazione valgono le medesime considerazioni relative al rapporto fra legge e giudice".

[19] Ad esempio, F. LEVI, L'attività conoscitiva, cit., 253 – il cui importante studio gode ancora oggi di una notevole attualità – precisa che anche nell'ipotesi di concetti che necessitano di essere integrati mediante giudizi puramente soggettivi sul valore, il giudizio dell'amministrazione non può superare certi limiti che costituiscono "la sostanza della discrezionalità". L'A. nelle pagine successive spiega che "il concetto indeterminato non vincola del tutto l'amministrazione né le conferisce una vera libertà ma crea un certo margine entro il quale il giudizio sulla corrispondenza dei fatti alla descrizione normativa della fattispecie può essere tanto positivo quanto negativo" (258). Più di recente, M. CLARICH, M. RAMAJOLI, Diritto amministrativo e clausole generali, cit., 50, discorrendo di discrezionalità del giudice e dell'amministrazione, rilevano che "in ambito pubblicistico la presenza di clausole generali chiama in gioco anzitutto i limiti del potere di integrazione valutativa". Gli A. osservano, infatti, che l'interpretazione delle clausole generali nel diritto amministrativo assume una dimensione diversa da quella del diritto privato, in cui il giudice, ossia l'interprete principale delle norme "non si limita a compiere un'attività di interpretazione degli enunciati normativi, ma svolge un'attività di integrazione, al punto che si parla di supplenza del giudice rispetto al legislatore" (49).

[20] Il problema è posto in evidenza da M. CLARICH, M. RAMAJOLI, Diritto amministrativo e clausole generali, cit., 41, in cui gli A. osservano che "nel diritto amministrativo, la sussunzione del fatto concreto nella clausola generale posta a livello di fattispecie normativa è operata in prima battuta da un soggetto (la pubblica amministrazione) che è di norma esterno ai rapporti interprivati regolati da clausole generali e rispetto al quale il giudice opera per così dire in seconda battuta. Questo introduce un elemento di complessità che spiega le incertezze in dottrina e le oscillazioni giurisprudenziali".

[21] F. LEVI, L'attività conoscitiva, cit., 262 e 264, ove osserva che vi sono casi in cui le categorie indeterminabili non indicano delle tipologie di fatti, ma concorrono "alla descrizione dell'interesse pubblico"; pertanto, "quando la fattispecie di un potere comprende delle categorie indeterminabili o vaghe, l'attività conoscitiva dell'organo amministrativo – momento necessario dell'esplicazione del potere medesimo – tende ad accertare dei fatti non in quanto sono previamente descritti dalla legge, bensì in quanto sono in qualche modo connessi con l'interesse pubblico".

ISSN 2036-7821

Ciò chiarito, chi si è occupato di interpretare il concetto giuridico di "fatti non riconducibili al concessionario" di cui ci si occupa in questa sede ha offerto utili indicazioni: ed invero, una prima indicazione proviene proprio dalla Corte costituzionale in commento, che riconduce nei "fatti non riconducibili al concessionario" i ritardi dell'amministrazione nell'avvio della nuova gara; in altra circostanza, l'imprevedibilità è stata collegata al fenomeno del dissesto di un Comune[22], mentre altri "fatti" sono stati ritenuti, più in generale, gli eventi di forza maggiore[23], tra cui rientrerebbe, da ultimo, anche la pandemia da Covid-19.

Da un certo punto di vista il concetto del "verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario" ha, come si può intuire, una portata talmente ampia che potrebbe potenzialmente riferirsi a qualunque fenomeno della realtà. Se così fosse, sembrerebbe ragionevole sostenere (non ad avviso di chi scrive per le ragioni che di seguito verranno esposte) che il concetto giuridico indeterminato in questione, contenendo un elemento di soggettività, sarebbe da qualificarsi come un concetto normativo, atteso che involve un giudizio di valore talmente astratto da presentare – nei limiti delle norme attributive e del principio di legalità – margini di opinabilità in quanto connesso alla sensibilità soggettiva dell'interprete.

Al giudizio di valore dell'amministrazione sembrerebbe conseguenzialmente logico collegare una attività interpretativa riconducibile all'area della discrezionalità amministrativa. L'amministrazione, nel compiere una attività di sussunzione del caso concreto al concetto giuridico indeterminato contenuto nella norma e tenendo conto del bilanciamento tra gli interessi in gioco, dovrà compiere una scelta, e dovrà valutare dunque se, al verificarsi di una moltitudine di fenomeni tutti eterogenei tra di loro, sarà più ragionevole concedere la revisione e garantire la continuità del servizio, o non concederla e attendersi eventualmente la risoluzione del contratto (ove possibile), che comporterà inevitabilmente l'obbligo di indire una nuova gara con ulteriori costi a carico della collettività.

Anche la giurisprudenza non si è sottratta all'impegno di provare a fare chiarezza nella complessità del quadro delle nuove concessioni amministrative interpretando i concetti giuridici contenuti nelle norme e riconoscendo in capo al concessionario,

[22] Come rileva T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 15 novembre 2022, n. 2941, in www.giustizia-amministrativa.it.

[23] Sul punto, con le Linee Guida n. 9 recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato", l'Autorità Nazionale Anticorruzione riteneva, fino a qualche tempo fa, che gli eventi di forza maggiore, che dovevano essere tassativamente inseriti nel contratto, davano "diritto a una revisione del PEF". Tali eventi erano: scioperi; guerre o atti di ostilità; esplosioni, radiazioni e contaminazioni chimiche; fenomeni naturali avversi di particolare gravità ed eccezionalità; indisponibilità di alimentazione elettrica, gas o acqua per cause non imputabili all'amministrazione, all'operatore economico o a terzi affidatari di lavori o servizi oggetto del contratto e, infine, impossibilità, imprevista e imprevedibile, per fatto del terzo, di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento. Come si vedrà meglio nelle pagine successive, con l'aggiornamento provvisorio, nel luglio 2022, delle menzionate Linee Guida, è scomparsa la dizione "danno diritto a una revisione del PEF" ed è stata sostituita dalla più mite "possono dare diritto a una revisione del PEF".

ISSN 2036-7821

nella maggior parte dei casi – e al netto di qualche deviazione – una posizione giuridica di interesse legittimo alla revisione.

In sede contenziosa, invero, è accaduto che i concessionari di pubblico servizio abbiano a più riprese invocato una vera e propria posizione di diritto soggettivo alla revisione del PEF o del canone. Secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza l'art. 165, comma 6, del Codice dei contratti pubblici non garantisce ai concessionari il diritto soggettivo alla revisione delle condizioni concessorie[24] – ma tuttalpiù un onere di avviare trattative per trovare un accordo, in assenza del quale si può recedere dal contratto – così come non sussiste alcun doveroso adeguamento automatico della tariffa, atteso che il rapporto concessorio, proprio perché dipendente da canoni, prezzi o tariffe praticate nei confronti degli utenti del servizio, dipende dalla curva della domanda del servizio e si espone alle dinamiche del mercato[25].

Dalla lettura della giurisprudenza maggioritaria che riconosce in capo al concessionario una generale posizione giuridica di interesse legittimo, sembrerebbe dedursi un ulteriore elemento a fondamento della tesi volta al riconoscimento dell'accezione normativa o di valore del concetto giuridico indeterminato contenuto nella norma, ma in altri casi sporadici è stato di converso riconosciuto, seppur con riferimento al periodo di proroga della concessione, un obbligo di negoziazione del PEF fondando l'assunto sul principio di eterointegrazione correttiva del contratto secondo equità *ex* art. 1374 c.c. e sui più ampi principi di buona fede e correttezza[26]. Tale (impropriamente definito) "obbligo" di negoziazione del PEF "impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo"[27].

L'assunto desta qualche perplessità nella misura in cui a fronte di un obbligo, quale l'obbligo di rinegoziazione dell'amministrazione, non può che riconoscersi un diritto soggettivo – che rappresenta il "concetto centrale del diritto privato"[28] – all'altra parte del rapporto giuridico[29], e dunque al concessionario; pertanto, malgrado si parli con una certa contraddizione di una posizione di interesse legittimo del concessionario (dipendente proprio da questioni eminentemente tecniche come

[24] T.A.R. Piemonte-Torino, Sez. II, 9 dicembre 2021, n. 1153, in www.giustizia-amministrativa.it.

[25] T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 18 marzo 2020, n. 3371; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 25 ottobre 2017, n. 1600; Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2017, n. 2926, in www.giustizia-amministrativa.it.

[26] T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 21 gennaio 2022, n. 429, mentre di obbligo di negoziazione più in generale parla T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 2 aprile 2021, n. 1090 in www.giustizia-amministrativa.it.

[27] T.A.R. Campania, n. 429/2022, cit., che costruisce tale ragionamento sulla base di altre pronunce tra cui Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478; Id., 20 luglio 2020, n. 4636; Id., Sez. IV, 30 novembre 2016, n. 5032, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[28] A. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig, 1910, 53.

[29] F. ROMANO, voce Obbligo, in Enc. Dir., XIV, Milano, 1965, 500-508, racconta come si sia pervenuti, nel tempo, allo schema mentale del processo conoscitivo di carattere antitetico proprio ragionando sulla dicotomia obbligo-diritto soggettivo.

ISSN 2036-7821

prezzi, tariffe e andamento dei mercati) e di obblighi dell'amministrazione, sembra opportuno svolgere, sul punto, qualche ulteriore riflessione in quanto funzionale all'indagine.

3.1 Obbligo o dovere di negoziazione delle condizioni della concessione

Le pronunce giurisprudenziali che nel riconoscere una generale posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo alla revisione riconoscono, nel contempo, anche una sorta obbligo alla rinegoziazione, potrebbero essere foriere di equivoci e spostare interamente il rapporto giuridico concessorio dal campo del diritto pubblico a quello del diritto privato[30], con evidenti problemi di compatibilità rispetto alla disciplina in materia di accordi amministrativi[31], che nel nostro ordinamento trova applicazione anche per le concessioni[32]; gli accordi consentono, infatti, di disporre dell'oggetto

[30] Nella più recente giurisprudenza di legittimità si espone il rischio, nella materia degli accordi tra amministrazione e privati, di confondere la disciplina dei contratti con le specifiche forme contrattuali previste dall'art. 11 della L. 241/1990 e, di conseguenza, travisare (come di fatto è accaduto) il petitum sostanziale delle domande del ricorrente. In un caso posto all'attenzione della Corte di Cassazione, è stato rilevato che la Corte territoriale ha "erroneamente ravvisato un «obbligo» della pubblica amministrazione e una corrispondente situazione giuridica di «diritto soggettivo» […] all'attuazione dell'«accordo» nei termini «concordati» che inerivano, invece, all'esercizio di potestà pubbliche intrinsecamente condizionanti la soddisfazione di aspettative della società propriamente qualificabili in termini di interesse legittimo"; da ciò il riconoscimento, dinanzi all'esercizio di poteri pubblicistici nella materia degli accordi, della posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo del soggetto privato. Cfr. Cass., SS.UU., 5 febbraio 2021, n. 2738 con note di F. MACARIO, Accordi con la pubblica amministrazione e tutela della parte privata: tra diritti soggettivi e interessi legittimi, in Foro it., n. 7-8/2021, 2474-2483 e M.L. VACCARELLA, Accordi di programma con clausola compromissoria: fonte di diritti soggettivi o di interessi legittimi?, in Giur. it., n. 7/2022, 1631-1636.

[31] In materia di accordi appare doveroso il richiamo a E. STICCHI DAMIANI, Attività amministrativa consensuale e accordi di programma, Milano, 1992; R. FERRARA, voce Intese, convenzioni e accordi amministrativi, in Dig. disc. Pubbl., Vol. 8, Torino, 1993; E. BRUTI LIBERATI, Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati), Milano, 1996; dello stesso A. voce Accordi pubblici, in Enc. dir., Milano, 2001; S. CIVITARESE MATTEUCCI, Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa, Torino, 1997; F. FRACCHIA, L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere, Padova, 1996; G. MANFREDI, Accordi e azione amministrativa, Torino, 2001; C. MAVIGLIA, Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto, Milano, 2002; G. GRECO, Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto, Torino, 2003.

[32] Sin dai primi anni successivi alla pubblicazione della L. n. 241/1990 si sono inquadrate le concessioni di pubblico servizio negli accordi sostitutivi. La stessa Camera arbitrale per i contratti pubblici istituita presso l'ANAC, con lodo definitivo n. 4/2018 ricorda che le concessioni di pubblico servizio risultano pacificamente ascrivibili agli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni di cui all'art. 11, L. n. 241/1990. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327 e, da ultimo, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 1 giugno 2020, n. 5823, mentre in dottrina G. GRECO, Accordi amministrativi, cit., 158, ma si veda anche G. PERICU, L'attività consensuale della pubblica amministrazione, in AA.VV., Diritto amministrativo, Vol. 2, Bologna, 1993, 1374. Risulta particolarmente interessante poi la ricostruzione di F. PELLIZZER, Le concessioni di opera pubblica, caratteri e principi di regime giuridico, Padova, 1990, 376, il quale ravvede nella contrapposizione tra il "regime degli atti dei soggetti privati e quindi dell'autonomia, e regime degli atti propri del potere amministrativo e quindi della discrezionalità" il punto nodale di superamento delle difficoltà di conciliare il regime proprio dell'atto amministrativo con lo schema di estrinsecazione consensuale della volontà dell'amministrazione mutuata dal diritto comune. Secondo l'A., superando la rigida e antinomica visione dell'inconciliabilità delle diverse manifestazioni di volontà (di diversa natura) dell'amministrazione e del concessionario, è possibile armonizzare il

ISSN 2036-7821

pubblico mediante le forme contrattuali disciplinate dall'art. 11 della L. n. 241/1990 senza tuttavia ricondurre il rapporto giuridico a schemi integralmente privatistici[33].
È pertanto necessario distinguere opportunamente il concetto di obbligo, richiamato dalla giurisprudenza citata, dal concetto di dovere. Nella teoria generale del diritto la distinzione tra dovere ed obbligo vede il dovere giuridico come una situazione soggettiva enunciata dall'ordinamento senza che sia individuato un beneficiario di essa che si possa considerare titolare di un diritto correlativo[34], mentre l'obbligo si riferisce a quei doveri che costituiscono i termini di un rapporto giuridico con singole cose o persone e risultano collegati a diritti soggettivi altrui[35].
Calando tale assunto nella realtà del rapporto tra amministrazione e concessionario (o anche nel più generale rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino)

---

fenomeno (aderendo, in definitiva, alla visione pubblicistica del "contratto di diritto pubblico"). Si veda anche E. BRUTI LIBERATI, Consenso e funzione, cit., 15, secondo il quale la ricostruzione giuridica dei rapporti concessori può essere vista in senso unitario in cui sono configurabili accordi tra pubblica amministrazione e privati assoggettati ad una regolamentazione combinata di norme privatistiche e regole pubblicistiche.

[33] L'osservazione è di F. LIGUORI, Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata, Napoli, 1996, 170. Anche F. LEDDA, Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi, in Dir. Amm., n. 3/1996, 398-399, rileva che lo strumento dell'accordo "presta un servizio alla funzione amministrativa" mediante una attività non necessariamente collegata all'autorità, ma normativamente individuata da uno scopo del cui conseguimento il soggetto affidatario è responsabile. Ancor prima F. LEDDA, Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico), Torino, 1964, ivi provvisoriamente pubblicato e ora in Scritti giuridici, Padova, 2002, 52, ben prima della codificazione del contratto di diritto pubblico nella legge federale tedesca del 1976 e della codificazione degli accordi sostitutivi nella legge 241/1990, puntualizzava che "tra contratto e provvedimento v'è una ben netta differenza: mentre il contratto compone gl'interessi in giuoco, il provvedimento realizza o quanto meno assicura la prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi dei singoli, in una situazione di conflitto attuale o potenziale". Successivamente, F. MERUSI, Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme, in Dir. Amm., n.1/1993, mentre parla di "composizione paritaria e negoziale degli interessi nei contratti amministrativi" (32) in cui tendenzialmente sembra protendere per la natura privatistica dell'accordo, evidenzia comunque come "almeno per i contratti di diritto amministrativo, l'art. 11 ha segnato il de profundis per la teoria dell'atto doppiato o del c.d. doppio grado dell'azione amministrativa, uno pubblicistico e l'altro, necessariamente connesso, privatistico" (35). L'A. riconosce comunque che "la disponibilità della sopravvenienza da parte della Pubblica Amministrazione rappresenta l'ineliminabile indice inferiore della superiorità gerarchica dell'interesse pubblico rispetto all'interesse privato" (39). Più essenziale è invece A. ROMANO, La concessione di un pubblico servizio, in AA.VV., La concessione di pubblico servizio, Milano, 1955, 71-72 il quale, nel sostenere la natura interamente pubblicistica della concessione di gestione di pubblico servizio, non esclude per contro che "norme, o meglio, principi del diritto privato delle obbligazioni e dei contratti" siano applicabili agli accordi "secondo la previsione dell'art. 11, secondo comma, della L. n. 241 del 1990".

[34] Secondo E. BETTI, voce Dovere giuridico, in Enc. Dir., cit., 53, il dovere giuridico, storicamente, ha trovato la sua evoluzione nella filosofia stoica, secondo la quale la virtù consiste nel vivere secondo natura. Poiché l'uomo non vive isolato ma in comunione, compiendo il suo dovere si ritiene che egli attui la propria e l'altrui felicità, nella quale si identifica la giustizia sociale. Il pensiero è ripreso da Cicerone, che nella sua elaborazione della dottrina stoica traduce il termine "dovere" con il termine officium, ossia le azioni che si compiono per qualche possibile motivo. La nozione di doverosità è giunta poi ai giorni nostri nei seguenti termini: il comportamento doveroso è il comportamento socialmente utile, come ci ricorda S. TUCCILLO, Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere, Napoli, 2016, 16, alla cui opera si può rinviare per una disamina più ampia sul tema della doverosità dell'esercizio della funzione da parte della pubblica amministrazione.

[35] S. ROMANO, Frammenti di un dizionario giuridico (ristampa), Milano, 1983, 104-105.

ISSN 2036-7821

sembrerebbe potersi affermare che l'obbligo giuridico coincida con l'obbligo di procedere – che costituisce il momento in cui, a fronte di una istanza, nasce un rapporto giuridicamente significativo tra il singolo cittadino e la pubblica amministrazione – mentre il dovere giuridico coincida con il dovere di provvedere, atteso che la manifestazione del potere dell'amministrazione non rileva esclusivamente sul piano del singolo rapporto interno tra cittadino istante e pubblica amministrazione, ma su di un piano più ampio che ora investe l'interesse della collettività e degli eventuali controinteressati.

Posto che secondo la giurisprudenza sopra richiamata nel rapporto concessorio l'amministrazione rimane titolare di un potere d'*imperio*, sembrerebbe dunque che più che di obbligo di negoziare, si sarebbe dovuto parlare di dovere di negoziare, per certi versi più vicino al dovere di provvedere dell'amministrazione a seguito dell'istanza di revisione del PEF avanzata dal privato concessionario. Allo stesso modo, quanto all'applicazione dei principi civilistici sopra richiamati, questi sembrerebbero essere più orientati all'interpretazione secondo un canone di buona fede e correttezza del contratto che disciplina il rapporto concessorio.

Invero, una ulteriore posizione più mite di altra giurisprudenza ha proprio osservato che a fronte di una istanza di revisione del PEF da parte di un concessionario l'amministrazione ha il dovere di adottare un provvedimento espresso che concluda il procedimento in questione; laddove non si raggiunga un accordo, anche parziale, sulla revisione, "riprendono vigore i generali principi dell'azione amministrativa autoritativa, gravando comunque sull'autorità amministrativa concedente l'obbligo di provvedere"[36]. In maniera ancora più chiara, lo stesso Collegio arbitrale che aveva rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità in commento ha poi osservato – cogliendo proprio la differenza tra i concetti di obbligo e di dovere – che "non può ricavarsi la vigenza di un obbligo di revisione delle condizioni economico-finanziarie della concessione né, dunque, un diritto in tal senso del concessionario, ma unicamente l'esistenza di un meccanismo […] che attribuisce al concedente il potere, con evidenti risvolti doverosi, di procedere, su richiesta del concessionario o anche d'ufficio, alla revisione del contenuto del contratto al fine ristabilire le originarie condizioni dell'equilibrio economico-finanziario, modificato da fatti imprevedibili"[37].

[36] Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2019, n. 5022; Id., 29 maggio 2017, n. 2521, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Nello stesso segno è M. CALCAGNILE, Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione, in Dir. amm., n. 3/2020, 600, secondo il quale non esiste un obbligo di concludere l'accordo sul riequilibrio del PEF, ma le parti sono tenute a interloquire per verificare se sussistano i presupposti per il raggiungimento di un accordo, riconoscendo all'amministrazione la facoltà di "valutare, in relazione all'interesse pubblico concreto da perseguire, se accordare o meno le misure di riequilibrio proposte e/o auspicate dall'impresa concessionaria".

[37] ANAC, Camera Arbitrale per i contratti pubblici, lodo n. 4/2018.

ISSN 2036-7821

Stando a questo primo filone interpretativo pare, in definitiva, che al concessionario cui si attribuisce tutto sommato la titolarità di una posizione di interesse legittimo, più che riconoscere un diritto soggettivo alla revisione del PEF si possa riconoscere, tuttalpiù, un diritto ad essere ascoltati[38] nell'ambito di un procedimento apposito. Il riconoscimento di siffatto diritto costituirebbe, infatti, l'unica certezza nella trappola dell'antieconomicità dell'operazione[39].

4. Concetti giuridici indeterminati empirici: considerazioni per il riconoscimento di una posizione di diritto soggettivo

Volgendo nuovamente l'attenzione all'interpretazione del concetto giuridico indeterminato di "fatti non riconducibili al concessionario" bisogna considerare, tuttavia, che seppur questo abbia una estensione potenzialmente illimitata, il concetto in analisi trova la sua circoscrizione (e dunque è rilevante) in una scienza specifica, ossia quella economica[40].

Il concetto giuridico è, invero, collegato alla questione centrale del rischio operativo, che deve permanere anche dopo l'eventuale revisione. Nondimeno, se si prova a vagliare il concetto giuridico da una diversa angolazione, contestualizzando la sua precisa collocazione all'interno del dettato normativo, possono emergere rilievi interessanti.

L'art. 165, comma 6, del Codice dei contratti (norma che ora si rinviene all'art. 192, comma 3) prevede anche che, ai fini della tutela della finanza pubblica e del mantenimento dell'allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale o finanziate con contributi a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, l'amministrazione

[38] L'orientamento è in linea con autorevole dottrina, tra cui A. AMORTH, L'incidenza della svalutazione monetaria sui contratti e sulle convenzioni di diritto pubblico, in Riv. dir. comm., nn. 1-2/1958, 20, tra i primi a rilevare che "la revisione dei prezzi non fa nascere nei contraenti obbligati verso le Amministrazioni pubbliche un vero e proprio diritto alla modifica del prezzo originariamente convenuto, giacché se il contraente ha diritto a presentare la propria richiesta di revisione e di indicare l'ammontare dell'aumento, l'accoglimento della richiesta è rimesso ad un apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione, sottratto per la sua sostanza al sindacato del giudice". L'Autore ebbe cura di aggiungere alle proprie riflessioni (che come meglio si vedrà nel prosieguo, forse oggi meriterebbero qualche rivisitazione) che "il provvedimento che nega od accoglie in misura diversa la richiesta non può venire impugnato altro che per vizi di legittimità, non mai per il merito".

[39] Specie in regime di proroga, come nel caso delle concessioni di pubblico servizio di distribuzione del gas naturale.

[40] Sulla rilevanza delle valutazioni tecniche complesse effettuate dalla pubblica amministrazione nelle attività economiche si veda S. AMOROSINO, Procedimenti e decisioni amministrative in materia di attività economiche, in P.A. Pers. e Amm., n. 1/2018.

ISSN 2036-7821

aggiudicatrice rimane titolare della facoltà di sottoporre la revisione alla previa valutazione del Nucleo di consulenza[41].

La norma, dunque, sembra restringere il campo d'azione dell'attività discrezionale dell'amministrazione alle sole opere che non siano di interesse statale o finanziate con contributo a carico dello Stato atteso che, in queste circostanze, la revisione del PEF dipende dalla previa valutazione del NARS, che si qualifica come organismo tecnico di consulenza e supporto alle attività del CIPESS[42].

Il Nucleo di consulenza in questione nel rendere parere esercita, sulla base della documentazione tecnica trasmessa dall'amministrazione (tra cui rileva la predisposizione di una relazione sull'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario), i propri poteri di verifica soffermandosi in particolare sui "presupposti (e quindi su un dato puramente fattuale n.d.r.) che hanno determinato la revisione del piano economico-finanziario"[43].

Ma ciò che sembra ridurre "l'area reale della legittimità dell'azione amministrativa"[44] è l'intervento regolatorio di un ulteriore organismo tecnico, ossia l'Autorità Nazionale Anticorruzione, che con le Linee Guida n. 9 precisa che la revisione del PEF è finalizzata ad assicurare le condizioni di equilibrio economico-finanziario (che sussiste solo nel rispetto di diversi indicatori tecnico-economici) nei limiti di quanto necessario alla neutralizzazione dei fattori che hanno determinato il disequilibrio[45].

---

[41] Facoltà che non pare invece desumersi dalla nuova formulazione dell'art. 192 del D.Lgs. n. 36/2023, il cui campo di applicazione si limiterà alle sole opere di interesse statale o finanziate con contributo a carico dello Stato.

[42] Il NARS, istituito con delibera CIPE dell'8 maggio 1996, n. 81, si occupa, ai sensi del D.P.C.M. 25 novembre 2008, di predisporre le linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità e di curarne il monitoraggio derivante dall'applicazione delle stesse; di esprimere pareri e formulare proposte in materia tariffaria e di regolamentazione economica dei settori di pubblica utilità e degli obblighi di servizio pubblico; di predisporre annualmente una relazione al CIPE sull'attività svolta e sugli esiti delle verifiche eseguite. Per le proprie attività il NARS può avvalersi del supporto informativo della Banca d'Italia, dell'ISTAT e degli altri Istituti del Sistema statistico nazionale.

[43] Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità, Linee Guida n. 1/2022 recanti "Valutazione delle revisioni del PEF ex art. 165 comma 6 e 182 comma 3 d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i." approvate nella seduta deliberativa del NARS del 13 gennaio 2022, punti 3.1 e 5.1.

[44] Così V. Cerulli Irelli, Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, in Dir. proc. amm., n. 4/1984, 488, a proposito dell'apprezzamento del fatto dal punto di vista tecnico.

[45] Autorità Nazionale Anticorruzione, Linee Guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato", approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018 e aggiornate provvisoriamente nel luglio 2022. L'Autorità espone che il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario è garantito solo in caso di rispetto di alcuni indicatori, tra cui: il Tasso Interno di Rendimento di Progetto (Internal Rate of Return - TIR); il Valore Attuale Netto di Progetto (Net Present Value – VAN o NPV); gli indicatori di riferimento per la redditività dell'operatore economico (come il VAN); gli indicatori della sostenibilità finanziaria del progetto, quali il DSCR (Debt Service Cover Ratio) e il LLCR (Long Loan Life Cover Ratio). Le Linee Guida contengono, inoltre, diverse formule matematiche che relazionano gli indicatori sopra menzionati al fine di calcolare il rischio gravante sull'equilibrio economico-finanziario.

ISSN 2036-7821

L'ANAC, mediante la redazione di una "matrice dei rischi"[46], circoscrive i "fatti non riconducibili al concessionario" ad alcuni eventi elencati nelle Linee guida, ricordando che il Codice dei contratti pubblici consente alle amministrazioni di adire il NARS per la revisione del PEF, al quale si aggiunge comunque il supporto gratuito e non vincolante reso dal Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica[47].

Dato l'elevato grado di tecnicità degli strumenti economici che il NARS e il DIPE maneggiano per verificare i presupposti che hanno alterato l'equilibrio economico-finanziario, si potrebbe già rilevare che la valutazione dell'amministrazione di non adire questi organi tecnici ricomprenda in sé un momento tecnico-valutativo del fatto, sindacabile in sede giurisdizionale, atteso che vi è in gioco la tutela della finanza pubblica, strettamente connessa al mantenimento dell'allocazione dei rischi.

In definitiva, l'obiettiva verificabilità dei fatti che hanno causato il disequilibrio[48], la costante implementazione del catalogo di ciò che può essere ricondotto al concetto giuridico indeterminato di "fatti non riconducibili al concessionario" o di "eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili", l'elevata capacità tecnica degli organismi che intervengono quando in gioco vi è la finanza pubblica e la peculiarità degli strumenti tecnico-economici utilizzati per valutare il "fatto" che produce il disequilibrio economico-finanziario, ci consentono di accostare l'attività valutativa dell'amministrazione all'area delle valutazioni tecniche[49].

---

[46] Che, come osserva E. BOSCOLO, Stabilità e adattamento, cit., 289, diventa il documento di verifica della corretta allocazione dei rischi tra le parti.

[47] Gli eventi non imputabili all'operatore economico che, secondo le Linee Guida n. 9 dell'ANAC, producono una alterazione dell'equilibrio economico-finanziario sono: il rischio normativo-politico-regolamentare, derivante da modifiche dell'assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche non prevedibili; il rischio di finanziamento, ossia di mancato reperimento delle risorse finanziarie a copertura dei costi e nei tempi prestabiliti; il rischio finanziario, che si concretizza in un aumento dei tassi di interesse e/o di mancato rimborso di una o più rate di finanziamento; il rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi offerti; il rischio delle relazioni industriali, legato alle relazioni con altri soggetti (parti sociali) che influenzino negativamente costi e tempi della consegna e, infine, il rischio di valore residuale, ossia il rischio di restituzione alla fine del rapporto contrattuale di un bene di valore inferiore alle attese. A tutti questi eventi si aggiungono le cause di forza maggiore, già elencate alla nota n. 24.

[48] Ad esempio, E. BOSCOLO, Stabilità e adattamento, cit., 293, intuisce che la revisione dei fatti costituisce l'esito di un percorso esplorativo entro cui le parti sono tenute al rispetto del principio di buona fede; superata tale fase di verifica delle sopravvenienze turbative che costituirebbe "attività numerabile", "dovrebbe essere possibile pervenire in termini oggettivanti ad una intesa che ripristini l'equilibrio economico finanziario".

[49] Sui temi della c.d. "discrezionalità tecnica" si può rinviare, senza pretesa di esaustività, a E. PRESUTTI, Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, in Giur. it., 1910, IV, 44 ss., nonché I limiti del sindacato di legittimità, Roma-Milano-Napoli, 1911; O. RANELLETTI, Principii di diritto amministrativo, Napoli, 1912; P. VIRGA, Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica, in JUS riv. sc. giur., n. 1/1957, 95 e ss.; F. CAMMEO, Corso di diritto amministrativo, Padova, 1960; V. BACHELET, L'attività tecnica della pubblica amministrazione, Milano 1967; N. DANIELE, Discrezionalità tecnica e giudice amministrativo, in Scritti in memoria di A. Giuffrè, Milano 1967, 295 e ss.; F. LEDDA, Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica, in Dir. proc. amm., n. 4/1983; C. MARZUOLI, Potere amministrativo e valutazioni tecniche, Milano, 1985; D. DE PRETIS, Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica, Padova, 1995; F. LIGUORI, Attività liberalizzate e compiti della

ISSN 2036-7821

Volgendo dunque lo sguardo, secondo un diverso punto di vista, al concetto giuridico indeterminato in questione non più come un concetto di valore, ma di tipo empirico, pare sia possibile ritenere che la norma rinvii a quelle che in sostanza sarebbero nozioni tecniche o scientifiche che in sede di applicazione alla fattispecie concreta possono presentare, talvolta, margini di opinabilità e che non richiedono, dunque, l'esercizio di poteri discrezionali. Questa seconda via interpretativa che si fonda su criteri concordanti ed omogenei è avvalorata sia dalla presenza di organi appositi (NARS, DIPE, CIPESS e ANAC in sede regolatoria) chiamati, in talune circostanze, a rendere il loro giudizio tecnico nell'ambito del procedimento, sia perché l'attività di apprezzamento che l'amministrazione compie – come pure suggerisce la formulazione linguistica del concetto vagliato – attiene al "fatto" (non riconducibile al concessionario), e non si estende mai fino all'interesse pubblico.
Da questo punto di vista sembrerebbe pertanto che l'attività di accertamento del fatto che l'amministrazione compie dopo aver interpretato un concetto giuridico indeterminato che rinvia a nozioni tecniche e a fenomeni fattuali, sia una attività in cui vi è un giudizio che richiede l'applicazione di conoscenze elaborate dalla disciplina dell'economia, ma è assente una scelta[50]; in altri termini, nell'accertare il fatto che ha determinato il disequilibrio del piano economico-finanziario, l'amministrazione formulerebbe un giudizio cui segue non una scelta di carattere discrezionale sull'interesse pubblico che si muove nell'ambito delle scienze giuridiche, ma una mera applicazione di regole elaborate nelle scienze economiche.
Quanto invece al grado di opinabilità delle soluzioni cui l'amministrazione addiviene all'esito della interpretazione del concetto giuridico e della valutazione del fatto che ha determinato il disequilibrio, sembrerebbe che la diversità delle soluzioni dipenda non tanto da una scelta volitiva, ma da fatti interni alla singola scienza o tecnica[51]. Anche la giurisprudenza, accogliendo le critiche della dottrina[52], ha ormai da tempo

amministrazione, Napoli, 1999; A. GIUSTI, Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, Napoli, 2007; A. MOLITERNI (a cura di), Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento, Napoli, 2021.

[50] L'assenza di una scelta conseguente ad un giudizio nelle valutazioni tecniche quale elemento distintivo dalla discrezionalità amministrativa è una teoria, tutt'oggi ancora valida e accolta in dottrina, elaborata da M.S. GIANNINI, Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1981, 268. Interessante è poi l'immagine che offre A.M. SANDULLI, Diritto amministrativo, cit., 594, il quale osserva che "la c.d. discrezionalità tecnica è prossima più alla discrezionalità del giudice che alla discrezionalità amministrativa, essendo svincolata dalla considerazione degli interessi dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda".

[51] G. GUARINO, voce Atti e poteri amministrativi, in Dizionario amministrativo, Vol. I, 1983, 207, il quale osserva che "è possibile, e spesso naturale, che in relazione ad una medesima questione i tecnici pervengano a soluzioni divergenti". Anche per F. CINTIOLI, voce Discrezionalità tecnica (dir. amm.), in Enc. Dir., 2008, 472, l'opinabilità delle regole è tratto distintivo della "discrezionalità tecnica"; egli rileva che in essa "sono dominanti due caratteri: il primo consiste nell'esser basata su regole non giuridiche, ma tecniche; il secondo nell'esser basata su regole non comprovabili in maniera universalmente accettata e, dunque, su regole opinabili".

[52] G. VACIRCA, Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo, in Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato, Vol. III, Roma, 1981, 1573; V. CERULLI IRELLI, Note in tema di

ISSN 2036-7821

riconosciuto la distinzione tra "discrezionalità tecnica" e merito amministrativo e, di conseguenza, tra opinabilità e opportunità[53].

Si è fatta strada così l'idea che mentre l'opportunità, propria delle valutazioni di merito, è una scelta tra più soluzioni per la cura di un interesse pubblico, l'opinabilità di alcuni giudizi tecnici è, invece, espressione soggettiva di un giudizio tecnico relativo al fatto, non all'interesse pubblico[54]. La tecnica – come è stato anche di recente ribadito – è altro rispetto alla discrezionalità e al merito: "l'una è giudizio sul fatto mentre l'altra è volontà-scelta tra interessi"[55].

Se dunque si qualifica l'attività dell'amministrazione come una attività caratterizzata da valutazioni tecniche sembrerebbe potersi riconoscere al concessionario che presenta istanza di revisione del PEF una diversa posizione, questa volta di diritto soggettivo[56], e ciò alla stregua di quell'insegnamento della dottrina ormai condivisibile secondo il quale la discrezionalità tecnica, nella valutazione giuridica, debba considerarsi nella sostanza attività vincolata[57].

Quello che inizialmente sembrava un elevato grado di opinabilità degli apprezzamenti compiuti sull'interesse pubblico ora sembra essere riferito, invece, al

---

discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, in Dir. proc. amm., 1984, 463 e ss.; A. AZZENA, Spunti per una riflessione su regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità, in Studi in ricordo di E. Capaccioli, Milano, 1988, 599; F. SALVIA, Attività amministrativa e discrezionalità tecnica, in Dir. proc. amm., 1992, 685 e ss.; G. SALA, Potere amministrativo e principi dell'ordinamento, Milano, 1993, 214 e ss.; A. CAIROLA, Discrezionalità tecnica e imparzialità, in Dir. proc. amm., 1997, 469 e ss.; F.G. SCOCA, Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità, in Potere discrezionale e controllo giudiziario, Milano, 1998, 107 e ss.; F. LIGUORI, Attività liberalizzate, cit., 160 e ss.

[53] Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si legge che la discrezionalità tecnica "ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma - soltanto perchè opinabile -in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito".

[54] Così F.G. SCOCA, E. FOLLIERI, L'attività amministrativa e la sua disciplina, in F.G. SCOCA (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2017, 188-189.

[55] Come osserva F. LIGUORI, Le valutazioni tecniche delle autorità indipendenti e giudice amministrativo, in C. ACOCELLA (a cura di), Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti, Napoli, 2022, 235.

[56] Perviene alla medesima conclusione, ma attraverso un ragionamento diverso che si muove sulla deducibilità di molteplici principi civilistici applicabili alle concessioni di pubblico servizio F. CINTIOLI, Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario, in Il diritto dell'economia, n. 3/2020, 13-34. Parla di "diritto al riequilibrio del piano economico e finanziario" anche A. RICCIO, Eccessiva onerosità, in F. GALGANO (a cura di), Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Bologna, 2010, 23.

[57] In questi termini G. GUARINO, voce Atti e poteri, cit., 207; anche A.M. SANDULLI, Diritto amministrativo, Vol. 1, Napoli, 1989, 594, spiega che nella discrezionalità tecnica "la scelta (del comportamento da tenere) alla stregua degli interessi pubblici fu eseguita a priori una volta per tutte, e in modo vincolante, dal legislatore"; si veda anche F. LIGUORI, Attività liberalizzate, cit., 248 e 274.

ISSN 2036-7821

fatto (che è in sé inopinabile[58]) sicché quella che inizialmente sembrava una valutazione discrezionale, vista in questa ottica, pare attenuarsi fino a degradare l'attività interpretativa dell'amministrazione da scelta discrezionale – sempre nei limiti circoscritti dalla norma – a mera interpretazione del precetto, alla quale segue tuttalpiù una attività di sussunzione.
La valutazione sui "fatti non riconducibili al concessionario" – seppur opinabile – che l'amministrazione compie non attiene dunque all'interesse pubblico, ma è collegata agli esiti incerti derivanti dall'applicazione della regola tecnica.
Occorre tuttavia compiere un ulteriore passo in avanti e precisare che malgrado sia dimostrabile, sul piano teorico, che nell'attività cognitiva dei fatti non riconducibili al concessionario non vi sia un esercizio di poteri puramente discrezionali, è nondimeno opportuno separare la fase cognitiva del fatto dalla successiva fase valutativa operata dall'amministrazione, la quale dovrà pur sempre scegliere la soluzione più ragionevole tra il concedere la revisione del PEF e garantire la continuità del pubblico servizio, oppure non concedere la revisione perché troppo dispendiosa e avviare una nuova gara per l'individuazione di un nuovo concessionario. Dalla separazione del momento dell'accesso al fatto (seppur caratterizzato da un grado di elevata tecnicità) dal successivo momento di valutazione della migliore scelta volta alla tutela dell'interesse pubblico che sacrifichi il meno possibile tutti gli altri interessi coinvolti, non pare possa ricavarsi la sussistenza di un obbligo di revisione delle condizioni economico-finanziarie della concessione né, dunque, un diritto in tal senso del concessionario, ma unicamente l'esistenza di un meccanismo che attribuisce al concedente il potere, con evidenti risvolti doverosi, di procedere, su richiesta del concessionario o anche d'ufficio, alla revisione del contenuto del contratto al fine ristabilire le originarie condizioni dell'equilibrio economico-finanziario, modificato da fatti imprevedibili.
Il ritorno dell'interesse pubblico nella fase conclusiva del rapporto giuridico garantisce, pertanto, il diritto all'avvio del procedimento, ma non il diritto alla sua favorevole conclusione[59].

5. Accesso al fatto e ricerca della verità: il ruolo del giudice amministrativo nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati

Se poche e semplici considerazioni possono effettuarsi sui poteri sostitutivi nel settore del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale in quanto trattasi di

[58] Ma, come puntualizza F. LIGUORI, Attività liberalizzate, cit., 219, ad essere opinabile può essere tuttalpiù la sua valutazione in rapporto alla indeterminatezza della proposizione normativa che lo contempla.

[59] Con la precisazione che l'art. 192 del nuovo Codice sulla revisione dei contratti di concessione, ispirandosi al nuovo principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9, sembrerebbe riconoscere complessivamente al concessionario anche il diritto a ottenere quantomeno una risposta.

ISSN 2036-7821

una attività doverosa[60] secondo la quale le Regioni si sostituiscono alle amministrazioni inadempienti solo ai fini dell'avvio della nuova gara, qualche considerazione merita invece la terza soluzione proposta dalla Corte costituzionale in commento, ossia l'attivazione dei rimedi giurisdizionali avverso il silenzio con annessa tutela risarcitoria. La soluzione proposta dalla Consulta – alla quale si ritiene possibile accostare anche la tutela di annullamento dell'eventuale provvedimento di dinego espresso alla revisione del PEF o delle tariffe – apre la strada al sindacato del giudice amministrativo sull'attività di interpretazione e sussunzione operata dall'amministrazione, e dunque alla possibilità di ottenere una tutela piena ed effettiva.

L'accertamento dei fatti non riconducibili al concessionario che possono incidere sull'equilibrio economico-finanziario costituisce il primo presupposto per l'emanazione del provvedimento; nell'attuale prospettiva, tale attività di accertamento del fatto, semplice o complesso che sia, deve ormai ritenersi pienamente controllabile in sede di sindacato di legittimità in quanto trattasi di attività di carattere obiettivo che comporta un mero riscontro del dato della realtà[61]; il potere, per essere esercitato, dovrà in primo luogo fondarsi sulla sussistenza dei presupposti contemplati nella norma.

In particolare, l'attività dell'amministrazione, quando ha a che fare con la tecnica, sembrerebbe comporsi di tre fasi: conoscenza del fatto, interpretazione della norma nei suoi frangenti di indeterminatezza empirico-descrittiva nei limiti della legalità e, infine, applicazione della stessa attraverso una attività di sussunzione del fatto concreto mediante esercizio di un potere non discrezionale. Nei tre stadi evolutivi dell'azione amministrativa descritti, l'accesso al fatto e l'attività interpretativa della norma (di cui già si è detto) non costituiscono attività riservata dell'amministrazione, ma, essendo attività prive di apprezzamenti valutativi sui pubblici interessi, sono pienamente conoscibili[62]. Resta tuttavia da articolare qualche ulteriore considerazione sulla terza fase, ossia sull'esercizio dei poteri decisionali nella fase di sussunzione del fatto concreto alla norma e sulla sua eventuale ripercorribilità – in termini di sindacato intrinseco – da parte del giudice amministrativo.

---

[60] E dunque sostanzialmente vincolata, a fronte della quale si può riconoscere una posizione giuridica di diritto soggettivo.

[61] G. De Giorgi Cezzi, La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo, Napoli, 2003, spiega che nella ricostruzione del fatto non è generalmente riconosciuto alcun margine di discrezionalità.

[62] Ad esempio, V. Cerulli Irelli, Note in tema di discrezionalità amministrativa, cit., 478, riconosce una differenza tra l'attività amministrativa di attuazione della legge che è in teoria pienamente conoscibile e l'attività amministrativa discrezionale non è in teoria conoscibile nella sua interezza. Più di recente, M. Clarich, M. Ramajoli, Diritto amministrativo e clausole generali, cit., 57, ci ricordano che l'attività interpretativa può essere controllata in maniera completa utilizzando i criteri dell'ermeneutica giuridica e si differenzia dall'attività discrezionale, sindacabile mediante la tecnica dell'eccesso di potere e una valutazione di tipo estrinseco in termini di ragionevolezza.

ISSN 2036-7821

Appare utile ricordare che, quanto ai primi due stadi evolutivi proposti, la dottrina maggioritaria, superata la visione secondo la quale l'accesso pieno al fatto era riconosciuto nelle sole ipotesi di giurisdizione di merito – oggi consentito anche nella giurisdizione generale di legittimità[63] – ormai da tempo propende verso un ulteriore superamento di quelle tesi[64] che, nel tentativo di giustificare le ragioni della limitata sindacabilità delle valutazioni tecniche[65], riconoscevano in capo all'amministrazione una forma di creatività del momento valutativo e la permanenza di un'area di riserva[66].

Già qualche tempo fa autorevole dottrina avvertiva che nelle controversie aventi ad oggetto apprezzamenti tecnici appariva "non solamente necessaria ma improcrastinabile l'introduzione di strumenti – come la consulenza tecnica – che consentano al giudice il diretto accertamento e apprezzamento dei fatti rilevanti"[67]. Prendeva già forma, così, l'idea che non vi sarebbe alcuna riserva sull'ammissibilità del sindacato giudiziario sugli apprezzamenti tecnici, anche se contenenti, talvolta, margini di opinabilità.

Sulla base di tali approdi, l'attuale posizione prevalente della dottrina è nel senso che l'accertamento e la conseguente valutazione dei fatti operata dall'amministrazione non dovrebbe più godere di una "attendibilità privilegiata"[68]. L'accesso pieno al fatto

[63] Sulla non sostanziale separazione netta tra giurisdizione di legittimità e di merito nell'attualità è sufficiente il rinvio a F.G. SCOCA, Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo, in Dir. proc. amm., n. 3/2015, 847-872; F. LIGUORI, Sulla sopravvivenza della giurisdizione di merito, in G. LEONE (a cura di), Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte, Vol. 2, Napoli, 2019, 857-878.

[64] C. MARZUOLI, Potere amministrativo e valutazioni tecniche, Milano, 1985, 277, secondo il quale "la valutazione tecnica è il tramite dell'imposizione (o della prevalenza) di certi valori rispetto ad altri"; D. DE PRETIS, Valutazione amministrativa, cit., 235, che parla di attribuzione normativa alle amministrazioni di uno spazio valutativo "nuovo ed originale", ma che allo stesso tempo ammette un controllo pieno sulla veridicità dei fatti osservando che "laddove dunque il fatto viene contemplato dalla norma come condizione per il compimento di una certa attività – fosse anche discrezionale –, la sua qualificazione, così come il suo accertamento, costituiscono compiti amministrativi rispetto ai quali l'amministrazione stessa non dispone di regola di poteri di scelta. Sicché la relativa attività qualificatoria e di accertamento […] dovrebbe potere essere pienamente sindacata davanti al giudice amministrativo e ogni suo eventuale errore dovrebbe costituire una violazione della legge, giacché l'errore si risolverebbe appunto in una difformità dell'attività amministrativa rispetto a quanto previsto dalla norma" (402-403).

[65] A. MOLITERNI, Le disavventure della discrezionalità tecnica tra dibattito dottrinario e concrete dinamiche dell'ordinamento, in A. MOLITERNI (a cura di), Le valutazioni tecnico-scientifiche, cit., 11.

[66] A. TRAVI, Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni, in Dir. pubbl., n. 2/2004, 459, sostiene che il principio di legalità "non consente di configurare un 'potere' per il solo fatto che la competenza a provvedere spetti all'amministrazione". Da qui il riconoscimento per il giudice amministrativo, nelle controversie tecnico-scientifiche, la possibilità di ripercorrere e verificare l'operato dell'amministrazione senza interferenze.

[67] F. LEDDA, Potere, tecnica e sindacato giudiziario, cit., 426. L'A. osserva che il fatto che gli apprezzamenti tecnici siano seguiti o preceduti da ponderazioni di interessi "non esclude certo la possibilità di una loro verifica in sede giudiziaria: tale verifica lascia del tutto impregiudicata la scelta propriamente discrezionale, in quanto ha per oggetto soltanto le premesse o le conseguenze necessarie della stessa scelta" (433-434).

[68] Espressione utilizzata da A. TRAVI, Il giudice amministrativo, cit., 445, sulla suggestione di F. BENVENUTI, Per un diritto amministrativo paritario, in Studi in memoria di Enrico Guicciardi, Padova, 1975, 807 e ss., il cui

ISSN 2036-7821

da parte del giudice amministrativo consentirebbe, dunque, di ripercorrere interamente il percorso logico della valutazione tecnica mediante la quale l'amministrazione ha dato contenuto ai concetti giuridici indeterminati di matrice tecnica[69] e di spingersi fino a ricercare una soluzione di "maggiore attendibilità"[70], senza con ciò assistere ad una invasione del potere giurisdizionale nel campo dell'azione valutativa della pubblica amministrazione[71] trattandosi, in sostanza, di attività complessivamente vincolata.

I recenti approdi della dottrina già bastano per riconoscere in capo al giudice amministrativo la facoltà di accedere pienamente al fatto, ivi compreso il fatto non riconducibile al concessionario che ha provocato il disequilibrio, ma l'indagine sul disvelamento della posizione giuridica soggettiva del concessionario non si arresta in questo punto.

Recentemente si è parlato, in dottrina e anche in giurisprudenza, di sindacato del giudice amministrativo sulla soluzione di "maggiore attendibilità", che costituirebbe l'approdo definitivo per l'affermazione di un sindacato intrinseco, esteso anche all'esercizio dei poteri amministrativi nel terzo stadio evolutivo dello schema di azione amministrativa proposto, ossia quello della sussunzione. Tale sindacato pare possa avvenire (almeno sul piano teorico) proprio grazie alla graduale affermazione nel processo amministrativo dei mezzi istruttori come la verificazione e la consulenza tecnica[72], mediante i quali sarebbe consentita la piena acquisizione degli elementi necessari per comprendere il significato e il valore di un dato fatto, non di valutarlo; la verificazione e la consulenza tecnica d'ufficio sarebbero, in altri termini, strumenti utili per scoprire la verità[73] che talvolta si cela dietro l'incertezza della tecnica.

---

auspicio è quello di perseguire l'obiettivo di un "processo amministrativo paritario", nel quale l'amministrazione non goda di un'attendibilità privilegiata, ma per il giudice sia semplicemente "parte".

[69] Così A. MOLITERNI, Le disavventure della discrezionalità, cit., 16.

[70] Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2020, n. 1943; Id., 1 ottobre 2019, n. 6565; Id., 15 luglio 2019, n. 4990, in www.giustizia-amministrativa.it.

[71] A. SANDULLI, La proporzionalità dell'azione amministrativa, Padova 1998, 407 e ss.; per F. SALVIA, Considerazioni su tecnica e interessi, in Dir. pubbl., n 2/2002, 622, con l'ingresso della consulenza tecnica d'ufficio, è ammissibile un controllo giurisdizionale diretto ma limitato alla plausibilità, con esclusione della sostituzione del giudizio dell'amministrazione con quello del giudice.

[72] Che, almeno per la c.t.u., riveste ancora i caratteri dell'eccezionalità atteso che, come osserva A. TRAVI, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2021, 281, all'art. 19, comma 1 e all'art. 63, comma 4, del Codice del processo amministrativo compare l'espressione "se indispensabile". Sempre lo stesso A, nello scritto Il giudice amministrativo, cit., 460 osserva che il rifiuto della consulenza tecnica è "in realtà il rifiuto di un controllo ordinato con i 'tecnici'" e che "la conseguenza di questo rifiuto è un impoverimento della risposta istituzionale alla domanda di tutela del cittadino". Il sapere giuridico nondimeno appartiene tanto all'amministrazione quanto al giudice, ed è per questo che anche il giudice abbisogna dell'integrazione istruttoria ad opera dei consulenti tecnici, proprio come l'amministrazione talvolta abbisogna di organi tecnici. Sullo scetticismo del giudice amministrativo circa l'utilizzo della c.t.u. si rinvia a S. MIRATE, Offerte anomale e CTU: il (concreto) accesso al fatto del giudice amministrativo, in Urb. e app., n. 2/2007, 183-193.

[73] Il tema delle "verità amministrative" è indagato da E. CARLONI, Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo, Milano, 2011.

ISSN 2036-7821

Il giudice amministrativo, dopo aver conosciuto la verità dei fatti e interpretato le norme, le dovrà poi applicare, e tale attività consiste in una attività di controllo su dati fattuali, ancorché complessi e dunque opinabili, che non pare possa sfociare in una forma di sostituzione del giudice amministrativo con l'attività interpretativa dell'amministrazione[74].

Anche se è ormai diffusamente riconosciuto il pieno accesso al fatto anche mediante strumenti come la verificazione e la c.t.u., ciò non basta tuttavia per riconoscere in capo al giudice la piena possibilità di individuare una soluzione di maggiore attendibilità tecnica tra quelle proposte dalle parti; si rende pertanto necessaria qualche ulteriore notazione conclusiva. Si può partire dal considerare che, dinanzi ai concetti giudici indeterminati di tipo empirico, anche l'attività del giudice amministrativo, al pari di quella dell'amministrazione, sembrerebbe comporsi di tre fasi (accesso al fatto-interpretazione-sussunzione), ma mentre la pubblica amministrazione incontra gli anzidetti limiti interpretativi, il giudice in sede interpretativa ha, in aggiunta, la possibilità di "completare" la norma. È necessario dunque chiarire se tutti i passaggi mediante i quali l'amministrazione giunge all'esercizio di un potere (sostanzialmente vincolato) in sede di sussunzione sia – per usare un termine diffuso in dottrina – "falsificabile" dal giudice amministrativo nell'esercizio del suo potere decisorio. In altri termini, sdoganato il dogma dell'inaccessibilità del giudice alla verità dei fatti, è da comprendere se il quadro attuale oggi è in grado di restituire elementi validi per ricomprendere nel sindacato del giudice anche l'esercizio dei poteri amministrativi in campi d'azione a connotazione puramente tecnica.

Parte della dottrina civilistica, cogliendo l'irrilevanza di delineare una classificazione dei vari livelli di indeterminatezza delle norme, osserva che dovrebbe porsi l'accento, piuttosto, sul collegamento tra clausole generali e giudizi di valore che in alcuni casi sarebbe talmente forte che questi ultimi non si limiterebbero "a condizionare l'individuazione di comportamenti descritti in enunciati legislativi […] ma

[74] Secondo F. LEDDA, Potere, tecnica e sindacato giudiziario, cit., 434, il giudice, di fronte al margine di dubbio che le valutazioni tecniche presentano, deve sottoporre a verifica diretta le operazioni tecniche compiute dall'amministrazione e verificare l'attendibilità delle sue valutazioni; qualora l'operazione tecnica ripercorsa dal giudice risulti attendibile al pari di quella compiuta dall'amministrazione, ma comunque opinabile, "la bilancia del giudice vale quanto la spada dell'amministratore" ed il primo non potrà sostituire la propria valutazione con quella effettuata dal secondo. A. TRAVI, Il giudice amministrativo, cit., 459, osserva che non vi è sostituzione del giudice con l'attività dell'amministrazione solo se questa adotta soluzioni finali "equivalenti", ma il giudizio di equivalenza è possibile solo se la valutazione di ordine tecnico-scientifico sia stata previamente verificata dal giudice. Di recente F. LIGUORI, Le valutazioni tecniche delle autorità indipendenti, cit., 245, osserva che nel sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche è inconfigurabile qualsiasi rischio di sostituzione allorquando siano assodati i presupposti applicativi della norma che eliminano ogni spazio di valutazione dei pubblici poteri; "si tratta di un controllo che ricade esclusivamente su dati fattuali (tra i quali rientrano anche le valutazioni tecniche complesse) e che perciò non può trasmodare in sostituzione nell'assunzione della decisione, essendo questa diretta conseguenza della corretta rappresentazione dei fatti".

ISSN 2036-7821

costituiscono la fonte esclusiva di tale individuazione"; ci si troverebbe, pertanto, dinanzi ad un "fenomeno di produzione normativa e non a semplici differenze quantitative nell'ambito di una problematica di tipo sempre interpretativo". In tali ipotesi dovrebbe riconoscersi, così, "l'esistenza in capo al giudice di un potere di creare norme, che per quanto circoscritto e variamente condizionato, […] non è dissimile da quello del legislatore ordinario"[75].

La posizione riportata è forte, e per quanto vada presa con la dovuta cautela in quanto vanifica gli sforzi della dottrina precedente di distinguere tra concetti giuridici indeterminati e clausole generali (o, nel diritto amministrativo, tra concetti empirici e concetti normativi), rappresenta la migliore descrizione del ruolo del giudice dinanzi alle formulazioni indeterminate delle norme, ossia di un giudice – ormai non solo ordinario, ma anche amministrativo – titolare del potere di integrare e completare le norme mediante la propria attività interpretativa (e se l'assunto può risultare opinabile, altrettanto non può dirsi con riferimento all'ormai incontestabile "ruolo creativo del diritto da parte del giudice amministrativo"[76]).

Proprio questo potere integrativo e di completamento della norma imprecisa, di cui non può essere titolare in via esclusiva la pubblica amministrazione, avvalora ancora di più le tesi che auspicano un sindacato pieno delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione che pare possa spingersi sino alla ricerca di una soluzione di maggiore attendibilità – o quantomeno alla maggiore attendibilità limitatamente alla soluzione proposta dal ricorrente rispetto a quella proposta dall'amministrazione, senza proporne una terza – nella dialettica tra ricorrente e amministrazione che si instaura in sede contenziosa, senza con ciò correre i rischi di sostituzione dell'attività del giudice nell'attività valutativa della pubblica amministrazione.

Attraverso l'attività interpretativa della norma imprecisa, e sulla scorta della titolarità del potere di integrare la stessa – anche attraverso gli strumenti istruttori – pare possibile riconoscere una cognizione "di maggiore attendibilità" del giudice amministrativo che non si limiti solo al fatto, ma che si estenda sino all'esercizio di un potere tutto sommato vincolato. La questione, così prospettata, poggerebbe le basi sul dato incontrovertibile che nell'attuale assetto il giudice amministrativo è, in un modo o in un altro, soggetto di ultima istanza chiamato ad applicare la legge.

Dunque anche il giudice amministrativo – e non solo il giudice ordinario – è titolare del potere di completare la norma imprecisa interpretando i concetti giuridici indeterminati; questa circostanza, unitamente al recente riconoscimento per legge di

[75] A. BELVEDERE, Le clausole generali, cit., 632.

[76] L'espressione è di S. CASSESE, Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo, in Giorn. dir. amm., n. 3/2020, 342, il quale descrive l'insolita tripolarità giudice-legislatore-esecutivo che si riferisce alle funzioni del giudice amministrativo.

ISSN 2036-7821

un "diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali"[77] in caso di sopravvenienze che possano alterare l'originario equilibrio del contratto, pare possano contribuire alla graduale emancipazione delle teorie che auspicano una tutela di tipo intrinseco che ammette la ricerca di una soluzione di maggiore attendibilità tra quelle prospettate dalle parti. Si può notare come il riconoscimento, anche in giurisprudenza, di siffatte teorie renderebbe addirittura superfluo ricercare elementi volti a qualificare la posizione dei concessionari di pubblico servizio che presentano istanza di revisione come una posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo, atteso che l'implementazione del ricorso a taluni strumenti per la conoscenza della verità dei fatti e il riconoscimento definitivo delle prerogative del giudice amministrativo garantirebbero, in ogni circostanza, una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, volta all'ottenimento del bene della vita.

La ricostruzione proposta, però, ha un fondamento esclusivamente teorico sia perché non tiene conto delle peculiarità che la tecnica intercetta, in concreto, nei diversi e molteplici settori disciplinati dal diritto[78], sia perché il superamento dell'attuale sindacato intrinseco ma debole sulle valutazioni tecniche – e cioè quel sindacato mediante il quale il fatto deve essere oggetto di accesso pieno in cui il giudice può utilizzare la stessa strumentazione tecnica di cui si serve l'amministrazione, ma che tuttavia si pone ancora in termini di eccezione – a favore di un sindacato volto all'individuazione di una soluzione di maggiore attendibilità, non ha ancora trovato compiuta attuazione in giurisprudenza[79], nel senso di una definitiva affermazione del

[77] Così dispone il nuovo art. 9, recante "Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale", dello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici elaborato dal Consiglio di Stato.

[78] Si pensi a quello delle autorità indipendenti, nelle quali è ancora difficile separare il momento valutativo del fatto dal momento decisionale, in cui talvolta vi possono essere componenti di politicità, che rendono complicata l'individuazione del confine tra sindacato pieno sul fatto e sindacato sulle scelte discrezionali. Di politicità della regolazione economica parla S. DE NITTO, Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in A. MOLITERNI (a cura di), Le valutazioni tecnico-scientifiche, cit., 228; ma anche altri settori, come quello ambientale, sono contrassegnati da forte politicità delle decisioni. Sul punto si veda, nello stesso volume, il contributo di M. CROCE, La portata del sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche in materia di ambiente, spec. 111. Su di un piano più ampio si può segnalare A. GIUSTI, Contributo allo studio, cit., 232, la quale osserva che "quando l'amministrazione si trovi a dover dare attuazione ad una norma imprecisa, ad un concetto giuridico indeterminato che postuli il necessario ricorso a conoscenze specialistiche, occorre verificare fino a che punto il dato tecnico rimanga nella cognizione dei fatti e quanto, invece, riesca a permeare il momento decisionale vero e proprio. Nonostante, astrattamente, i momenti della opinabilità e della opportunità siano sempre separabili, è difficilmente contestabile, in concreto, l'esistenza di ipotesi in cui è la stessa tecnica a foggiare l'interesse pubblico".

[79] Emblematiche sono due recenti pronunce che sembrano sufficienti a riassumere il quadro attuale: Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2022, n. 757, in www.giustizia-amministrativa.it, spiega che il sindacato sugli atti della pubblica amministrazione, per essere pieno ed effettivo, debba estendersi anche all'accertamento dei fatti (anche attraverso verificazioni e c.t.u.) operato sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili, al fine di evitare che la discrezionalità tecnica trasmodi in "arbitrio specialistico", ma tale sindacato non può spingersi "fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione", sicché, il giudice amministrativo "non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'amministrazione, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta

ISSN 2036-7821

ruolo del giudice amministrativo e del suo potere giudiziario quale unico potere (nella dimensione tripartita) preposto alla determinazione in concreto dei concetti giuridici indeterminati mediante applicazione del diritto.

Proprio come bisogna fare i conti con la realtà quando il giudice assume un ruolo creativo del diritto[80], altrettanto pare debba valere tuttavia nell'ipotesi della c.d. "discrezionalità tecnica", il cui sempre più ampio riconoscimento negli usi[81] fa riaffiorare tutto sommato l'esigenza di mantenere in vita se non una categoria che, per quanto in realtà, come detto impropria[82], almeno trova un limite avvertito ancora, in molte ipotesi, come necessario.

gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto" (Cons. Stato, Sez. VI, n. 6696/2021; Sez. II, n. 7772/2021; Sez. VI n. 249/2022); con maggiore concretezza è la seconda pronuncia, Cass. civ., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6462, la quale osserva che "la verifica della corretta applicazione di una clausola generale non è sindacato di discrezionalità, ma controllo (anche se limitato) di legittimità, per cui il suo esercizio (e cioè la concreta applicazione della regola al caso concreto) non pone un problema di sindacato della discrezionalità amministrativa"; la pronuncia, tuttavia, se da un lato ricorda (come già statuito da Cass. civ., SS.UU., 18 gennaio 2001, n. 5) che il controllo sull'applicazione di concetti giuridici indeterminati o clausole generali, ritenendosi che il controllo giurisdizionale di legittimità comporta, oltre alla verifica sulla corretta interpretazione, anche quella sulla applicazione", distinguendo così la discrezionalità dall'interpretazione della norma, finisce pur sempre per limitare tale sindacato ad una forma di mero controllo che non può andare al di là della ragionevolezza.

[80] S. CASSESE, Il contributo dei giudici, cit., 342.

[81] M.S. GIANNINI, Istituzioni, cit., 267, parlava con tono critico della c.d. "discrezionalità tecnica" come una "espressione scorretta ma ormai entrata nell'uso".

[82] Già Errico Presutti, riconoscendo che la tecnica è altro rispetto alla discrezionalità, concepiva la tecnica come retaggio dello Stato di polizia, che sarebbe poi scomparsa con il completamento della transizione allo Stato di diritto. Per una lettura recente sul pensiero di Presutti e sulla categoria della tecnica come categoria "a tempo" si può rinviare a F. LIGUORI, La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo», in Nomos, n. 1/2022.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La regolamentazione del potere di disporre del segreto di Stato

di Lorenzo Marilotti

(Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Cagliari)

Sommario

1. La necessità del segreto di Stato; – 2. Titolarità del potere e profili di organizzazione amministrativa; – 3. Il presupposto teleologico della sicurezza della Repubblica; – 4. Limiti; – 4.1. Il divieto di secretazione; – 4.2. La temporaneità e la desecretazione; – 4.3. Segreto di Stato e limitazioni alla sovranità della Repubblica italiana; – 5. La natura politica o amministrativa dell'attività e la tipologia di valutazione; – 6. Requisiti formali ed efficacia degli atti; – 7. Per una visione unitaria del «trasparente sistema di segretezza».

Abstract

State secrecy, i.e. the possibility of hiding segments of public power from citizens and from the jurisdiction, is, at present, indispensable also for democracies to protect themselves from the multifaceted threats to national security. But, even if state secrecy is indispensable, state secrets must comply with the rule of law. From this assumption, the article focuses, first of all, on the regulation of state secrecy and, in particular, on who has the power, on the administrative organization, on the assumptions and on the internal and external limits to power. Secondly, the work investigates the political or administrative nature of state secrets, the type of evaluation of the public decision-maker and the characteristics of secret acts. The object of the analysis, as a whole, can contribute to the construction of a general theory of power connected to state secrecy.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

«L'Italia confida sulla correttezza internazionale e sulla comprensione delle organizzazioni terroristiche sovversive interna e internazionale ai fini della sua sicurezza interna ed esterna»

Art. 1 del d.d.l. di iniziativa del senatore a vita Cossiga avente ad oggetto l'ironica abolizione dei servizi segreti e del segreto di Stato (Atto Senato, XV legislatura, n. 1203 «Norme di principio sulla fiducia internazionale e abrogazione della legge 24 ottobre 1977, n. 801, in materia di istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato»)

1. La necessità del segreto di Stato.

È fenomeno ben noto alle scienze umane l'intima connessione tra il segreto e il nucleo essenziale del potere[1].

Da questo assunto, senza voler tornare a ritroso alle epoche nelle quali il diritto si confondeva con il rito e la segretezza era parte della sacralità (ne è un esempio il divieto di rivelare l'ancora segreto vero nome di Roma in quanto avrebbe disvelato ai nemici l'essenza stessa della città[2]), appare trasversale a ogni epoca umana il fatto che dalle informazioni e dalla conoscenza delle stesse derivi sia il potere di agire in funzione di tali conoscenze, sia anche il potere di modulare la diffusione delle informazioni e, dunque, la condivisione del potere da esse derivante[3].

Tale forma di potere, come testimonia anche l'etimologia del lemma «*secretum*»[4], presenta come elementi essenziali la conoscenza di qualcosa da parte di un individuo e la volontà da parte di costui di nascondere la propria conoscenza ad altri individui[5].

[1] Cfr. E. CANETTI, *Masse und Macht*, trad. it. di F. Jesi, *Massa e potere*, Milano, 1981, *passim*. Scriveva Guicciardini nella prima metà del Cinquecento che «è incredibile quanto giovi a chi ha amministrazione che le cose sue siano secrete». Per tale ragione, chi detiene il potere «doverrebbe avezzare sé e suoi ministri non solo a tacere le cose che è male che si sappiano, ma ancora tutte quelle che non è utile che si pubblichino». F. GUICCIARDINI, *Ricordi*, edizione a cura di G. Masi, Milano, 1994, af. B 48 [A 25].

[2] Divulgazione che può essere stata la vera causa dell'esilio di Ovidio nell'8 d.C. a Tomis. Del resto, è il poeta stesso che, nell'affermare «*culpa silenda mihi*» (Tristia, 2, 1, v. 208), ammette la presenza di un segreto non rivelabile.

[3] Tale assunto, applicato agli apparati pubblici, si traduce nell'unione tra quelli che Weber definisce il «sapere specializzato» e il «sapere di servizio», ossia le conoscenze in sé e per sé considerate unite alle conoscenze sulle modalità per l'esercizio delle prime. Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, trad. it. di F. Casabianca e G. Giordano, *Economia e Società*, Torino, 1999, in particolare pp. 533-534.

[4] Derivante da *secerno*, dove *cerno* indica l'atto di selezione e separazione e *se* richiama una appropriazione e una conservazione. Originariamente, nell'universo agropastorale nel quale è nata la lingua latina, *secerno* richiamava la conservazione delle sementa setacciate, in seguito ha assunto anche il significato figurato di proteggere un determinato sapere. Cfr. R. ORESTANO, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del convegno nazionale. Roma 26-28 ottobre 1981*, Padova, 1983, pp. 99-101.

[5] Cfr. G. PITRUZZELLA, voce *Segreto. I profili costituzionali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII bis, Roma, 2002, p. 3; G. ARENA, *Il segreto amministrativo. Profili teorici*, Padova, 1984, p. 49; V. ITALIA, R. DEPIERO, *Segreto e riservatezza*, in AA.VV., *Il Regolamento sull'accesso ai documenti*, Milano, 2006, in particolare pp. 3-15; G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI (a cura di), *I Servizi di informazione e il segreto di Stato (Legge 3 agosto 2007, n. 124)*, Milano, 2008, pp. 443-445. Sul segreto nella realtà giuridica romana si veda R. ORESTANO, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, cit., pp. 95 e ss.

ISSN 2036-7821

Se la segretezza era il modo di esercizio del potere pacificamente utilizzato nei regimi precedenti all'Illuminismo, dal tramonto dell'Antico Regime fino al nostro Stato costituzionale di diritto si è progressivamente sedimentato il principio, filosofico-politico prima ancora che giuridico[6], del governo del potere visibile[7] dal quale deriva che la rappresentanza abbia luogo solamente nella sfera della pubblicità[8] e che il governo del pubblico debba svolgersi in pubblico al fine di garantire ai cittadini la trasparenza essenziale per una partecipazione democratica e un controllo effettivi[9]. In quest'ottica la pubblicità dell'esercizio del potere è direttamente funzionale all'esercizio della sovranità popolare[10] ed è speculare, invece, alla necessità che la sfera privata dei cittadini sia di regola riservata e protetta[11].

Pilastro concettuale del principio del governo del potere visibile è la regola kantiana secondo la quale una massima relativa al diritto di altri uomini non suscettibile di pubblicità è ingiusta[12]. Al contrario, a corollario di ciò, è stato osservato che una massima ingiusta è attuabile solamente se celata, dato che, se fosse resa pubblica, essa susciterebbe una reazione nel pubblico tale da vanificare la possibilità di attuarla[13].

La regola del potere visibile e l'esercizio del potere pubblico in pubblico sono, dunque, la condizione essenziale perché possa realizzarsi a livello interno una corretta partecipazione democratica e a livello cosmopolitico la pace perpetua.

---

[6] Come esemplificativamente ha affermato Kant nella celebre *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, la decisione pubblica è un dato acquisito dell'illuminismo e si contrappone alla gestione segreta dei governi dispotici e paternalistici dell'Antico Regime. Cfr. I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in *Berlinische Monatsschrift*, 4, 1784, pp. 481-494, ora in ID., *Stato di diritto e società civile*, raccolta e trad. it. a cura di Nikolao Merker, Roma, 1982, pp. 113-120. Sul punto si veda anche N. BOBBIO, *Il potere invisibile*, in ID., *Democrazia e segreto*, Torino, 2011, p. 6.

[7] Cfr. N. BOBBIO, *Potere visibile e potere invisibile*, in *Nuova Antologia*, 1 (gennaio-marzo), 1981, *passim*. Concetto ripreso da Bobbio contestualmente in altre opere come ID., *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. sci. pol.*, 2, 1980, pp. 181 e ss.

[8] Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, 1928, pp. 208 e ss.

[9] Data la vastità della letteratura sia consentito rimandare, *ex multis*, a N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, 1984, pp. 75 e ss.; S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTI, M. OROFINO, A. POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, vol. II, Napoli, 2020, pp. 497 e ss.; D. U. GALETTA, *Open government, open data e azione amministrativa*, in *Ist. del federalismo*, 3, 2019, pp. 663 e ss.; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, 2014, *passim* e, in particolare pp. 50 e ss.; F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, in *astrid-online.it*, 6 ottobre 2007, ora in ID., *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pp. 3 e ss.; V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953, pp. 247-248; G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, in particolare p. 93; G. ZANOBINI, *La pubblicazione delle leggi*, Torino, 1917, p. 31.

[10] Cfr. V. CAIANIELLO, *Segreto e democrazia*, in *Per Aspera ad Veritatem*, 1 (4), 1996, pp. 1 e ss.

[11] Tanto che l'ordinamento ha predisposto un articolato sistema di protezione definito attraverso il d.lgs. 196/2003, il Regolamento UE 679/2016 e gli atti amministrativi da essi derivanti.

[12] Cfr. I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, ed. postuma a cura di N. Bobbio, L. Firpo e V. Mathieu, Torino, 1995, p. 328.

[13] Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 82.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, lo stesso Kant afferma che il requisito perché possano applicarsi le massime per la pace perpetua è che ogni individuo e la comunità internazionale nella sua interezza bandiscano ogni forma di esercizio non pubblico del potere[14] e guariscano dal «frutto della depravazione degli uomini», ossia la guerra, che con l'Illuminismo è definita come «una malattia convulsa e violenta del corpo politico, il quale è in condizioni sane – e cioè nel suo stato naturale – solo quando gode della pace»[15].
Dato che ciò non è ancora avvenuto e pare purtroppo lontano dal verificarsi, non vi è Stato autocratico o democratico che abbia attualmente rinunciato a un proprio sistema di difesa della sicurezza nazionale che comprenda anche il ricorso al potere invisibile in maniera da proteggersi da attacchi più o meno occulti[16], sul presupposto che chiunque può essere nel migliore dei casi un rivale se non un nemico in un rinnovarsi del *bellum omnium contra omnes*[17].
Con specifico riferimento alla democrazia, la regola del governo del potere visibile può contemplare, quindi, eccezioni in considerazione della presenza nella comunità internazionale di Stati più o meno dispotici nei quali è norma l'esercizio del potere invisibile anche nelle forme più cruente come quella del cosiddetto «terrorismo di Stato»[18]; ma, a ben vedere e più in generale, la giustificazione di limitazioni alla pubblicità del potere è dovuta anche al fatto che la stessa comunità internazionale non costituisca un sistema democratico, ma possa configurarsi di fatto tendenzialmente anarchica con la conseguenza che ogni Stato non possa prescindere dal ricorso a sistemi di autodifesa e a poteri invisibili finalizzati al contrasto di altri poteri invisibili[19]; e, peraltro, per Kant, in assenza di adesione collettiva alle massime

[14] Cfr. I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, cit., p. 288.
[15] Per citare la definizione di «pace» riportata nell'*Encyclopédie*. Cfr. L. DE JAUCOURT, voce *Paix*, in D. DIDEROT, J. B. D'ALEMBERT (diretta da), *Enciclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des metiérs*, vol. XI, Parigi, 1751-1780, pp. 700-701 (digitalizzata in www.gallica.fr). Peraltro, a dimostrazione della gravità del problema della realizzazione della pace e anche della stessa difficoltà concettuale di definirla, si sottolinea che nella definizione di «pace» in realtà si parli comunque di guerra. Sul punto si rimanda a F. BRUNETTI, *Teorie della pace e realtà della guerra nell'Illuminismo francese* e M. ALBERTINI, *Il problema della pace*, entrambi in AA.VV., *Kant, la pace e l'Europa. Atti del Convegno di Studi tenuto a Pavia il 10 marzo 1982*, Pavia, 1983, rispettivamente pp. 21 e ss. e 62 e ss.; G. MARILOTTI, *Contributo per una rilettura in chiave federalista del pacifismo kantiano*, in AA.VV., *Annali della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Cagliari*, XI, Cagliari, 1984, pp. 575 e ss.
[16] Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., p. 92.
[17] E lo stesso Hobbes afferma che «le pubbliche decisioni, la cui segretezza è assai spesso di grande importanza, vengono a conoscenza dei nemici prima ancora di essere tradotte in pratica». T. HOBBES, *De cive*, trad. it. a cura di T. Magri, Roma, 2005, X.14, p. 121.
[18] Sull'utilizzo deliberato da parte di molti Paesi di quello che è stato definito «terrorismo di Stato» al fine di destabilizzare ed esercitare pressioni su altri Paesi come ulteriore strumento diplomatico cfr. A. CORNELI, *Intelligence diffusa e cultura dell'intelligence*, in *Per Aspera ad Veritatem*, 1 (1), 1995, p. 2.
[19] Cfr. N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, in ID., *Democrazia e segreto*, cit., pp. 40-41.

ISSN 2036-7821

per la pace perpetua, anche la sola presenza di Stati vicini e indipendenti evoca già di per sé lo stato di guerra[20].

È alla luce di ciò che si deve leggere il *divertissement* dell'allora senatore a vita Cossiga, riportato come citazione iniziale, circa la provocatoria proposta di legge di abolizione dei servizi segreti e del segreto di Stato.

Se la reazione umoristica derivante da una proposta di abolizione del segreto di Stato nel nome della fiducia internazionale, come insegna Pirandello, è suscitata dalla percezione di un contrasto, in questo caso il contrasto tra potere visibile e potere invisibile, o meglio il «surplus di sovranità che rimane invisibile» anche nelle democrazie[21], è uno dei «paradossi della democrazia»[22] alla luce del quale il sistema democratico conserva istituzionalmente uno degli aspetti più intimamente connessi al potere dispotico contrapposto alla stessa idea di democrazia[23].

Il costo di questa conservazione è altissimo per le democrazie e, nel caso italiano, alla luce del combinato disposto della l. 124/2007 e della consolidata giurisprudenza costituzionale che si analizzerà nel presente lavoro, comporta che il potere invisibile, per mezzo del segreto di Stato, oltre alla mancata pubblicità e trasparenza preveda anche rilevantissime sospensioni al controllo giurisdizionale da parte, in primo luogo, dei giudici penali e amministrativi.

Questa conservazione da parte di ogni democrazia non è una sconfitta ma una necessità: la previsione di segmenti segreti del potere può essere, in altri termini, uno strumento neutro che può e deve essere (ri)condotto nei ranghi di un sistema democratico. In quest'ottica, il sistema di governo del segreto di Stato può concepirsi come un potere invisibile fattosi istituzione dello Stato; ma, perché questo potere invisibile possa avere cittadinanza in una democrazia, è imprescindibile che esso sia controllato dal potere visibile, a sua volta controllato dai cittadini[24].

Ci si può, in ogni caso, chiedere se il potere invisibile possa effettivamente essere adoperato a fini democratici senza che le caratteristiche di tale peculiare forma di potere inquinino gli stessi fini; e, del resto, se i sistemi di esercizio del potere invisibile (ultimo residuo degli *arcana imperii et dominationis*[25]), sono efficaci per scongiurare le minacce alla sicurezza nazionale (*arcana seditionis*), vi è sempre il

[20] Cfr. I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, II ed., Königsberg, 1796, ora in ID., *Stato di diritto e società civile*, raccolta e trad. it. a cura di Nikolao Merker, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, Roma, 1982, p. 197.

[21] M. CATANZARITI, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Torino, 2014, p. 8.

[22] Su tali paradossi si rimanda a N. BOBBIO, *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Torino, 1976, in particolare pp. 45-47.

[23] Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., pp. 75 e ss.

[24] Cfr. N. BOBBIO, *Il potere invisibile*, cit., p. 9. In questo caso può, quindi, essere recuperato l'aforisma di Guicciardini citato *supra* laddove si conferisca il senso di ritenere opportuno imbastire un sistema di protezione delle informazioni sulla gestione del potere con la rilevante precisazione che colui che «ha amministrazione» non è il principe ma è il popolo.

[25] L'espressione è attestata già in Tacito, *Annales*, II, 36.

ISSN 2036-7821

pericolo che, in assenza di adeguati controlli, il potere invisibile possa autoalimentarsi ingiustificatamente attraverso il pretesto di contrastare altri poteri invisibili più o meno reali, come sovente avviene nei regimi dispotici[26]. Sul punto, è sempre valida la distinzione all'interno degli *arcana imperii et dominationis* tra potere che si occulta e potere che occulta[27] e se, come insegna Weber, il segreto è il sistema utilizzato dagli apparati burocratici per nascondere l'operato davanti ai controlli[28], l'utilizzo distorto del segreto di Stato potrebbe alimentare quelli che sono stati efficacemente definiti «segreti dell'anti-Stato»[29].

Per tali ragioni, data la necessità dell'istituto del segreto di Stato, risulta essenziale interrogarsi sui limiti e sulle modalità di gestione e controllo di tale strumento di perpetrazione del potere invisibile.

La tematica è senz'altro «scomoda da indagare e delicata nei suoi contorni politico-istituzionali»[30] e sconta l'ancora limitata contaminazione scientifica e culturale tra servizi segreti e diritto, laddove quest'ultimo risulta sovente appiattirsi davanti all'inflazionato brocardo *salus rei publicae suprema lex esto*[31].

È, quindi, essenziale affrontare laicamente la questione, promuovere la cultura dell'*intelligence* come servizio pubblico, sebbene segreto, e coltivare gli anticorpi per giuridicizzare il potere invisibile e scongiurarne eventuali derive ma anche per evitare che restino soggette ad esso aree che non dovrebbero restarvici[32].

Il segreto di Stato risulta, perciò, allo stato attuale irrinunciabile dalle democrazie purché esso sia adoperato con ben definiti presupposti teleologici e limiti[33]: in tal senso, assumono rilievo tutti gli elementi che possano contribuire a definire una teoria generale del potere di secretazione e delle regole sulla relativa organizzazione e azione amministrativa, al fine di rendere efficaci i pur rarefatti controlli.

2. Titolarità del potere e profili di organizzazione amministrativa.

Benché da un punto di vista logico e concettuale sarebbe opportuno analizzare i presupposti teleologici del potere di disporre del segreto di Stato in quanto esso ha cittadinanza nel nostro ordinamento solo allorché sia finalizzato alla tutela di un supremo interesse della Repubblica, in questa sede si ritiene preferibile, per comodità

[26] Cfr. N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, cit., pp. 25-26.

[27] Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia.*, cit., p. 86.

[28] Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., in particolare p. 534.

[29] C. ARCURI, G. FUSAROLI, *La trasparenza invisibile*, Torino, 1990, p. 123. Sul punto si veda anche V. SORRENTINO, *Il potere invisibile. Il segreto e la menzogna nella politica contemporanea*, Bari, 2011, pp. 27 e ss.

[30] M. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale. Teoria generale e strategia di sicurezza nazionale*, Napoli, 2017, p. 22; M. V. CATANZARITI, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Torino, 2014, *passim*.

[31] Su questa caratteristica del diritto davanti alla sicurezza nazionale cfr. M. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale*, cit., pp. 20-21.

[32] Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., pp. 95-96.

[33] C. MOSCA, *Segreto – Trasparenza*, in *Gnosis*, 4, 2019, p. 151; M. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale*, cit., p. 22.

ISSN 2036-7821

di analisi, premettere alcune riflessioni sulla titolarità di questo peculiarissimo potere: in questo modo, prima di valutare quando e in che modo l'ordinamento giuridico affida a un apparato pubblico un simile potere e, di converso, quando questo potere non sussiste(rebbe), occorre considerare chi sia l'organo ad avere questa attribuzione e attraverso quale organizzazione la eserciti.

Il potere di disporre del segreto di Stato, all'interno del quale rientrano gli atti dispositivi di apposizione, conferma dell'opposizione, proroga, diniego d'accesso e revoca, è un potere estremamente rilevante sia per gli interessi coinvolti e i conseguenti effetti e sacrifici, sia anche per le molteplici responsabilità che da esso derivano e per la correlata necessità di controllarne il corretto esercizio. Per tale ragione è determinante la questione della titolarità dell'esercizio di tale potere.

Inizialmente, segmenti del potere dispositivo sul segreto di Stato potevano riscontrarsi in capo a una molteplicità di titolari, tra i quali sicuramente il Presidente del Consiglio, il Ministro dell'Interno e il Ministro della Difesa[34]. Ciò comportava serissimi problemi di organizzazione amministrativa con la conseguenza che, anche laddove vi fosse stato un preciso indirizzo politico-amministrativo del Presidente del Consiglio, la concreta applicazione di quell'indirizzo avrebbe potuto essere diversa a seconda dell'interpretazione concreta fatta propria ad esempio dal Ministro della Difesa per quanto concerne il SISMi, con riferimento alla sicurezza esterna, e dal Ministro dell'Interno per il SISDe, con riferimento alla sicurezza interna. E questo risultava ancora più problematico laddove le materie fossero state trasversali rispetto alla sicurezza esterna e interna (si pensi all'organizzazione paramilitare "Gladio", agli strettissimi rapporti tra le mafie italiane e italo-americane e, ancora, alla dimensione "glocale" del terrorismo internazionale di matrice islamista successivo al 2001).

Al fine di limitare potenziali problemi organizzativi e contraddizioni nella gestione della politica di secretazione, allo stato attuale la legge 124/2007 attribuisce in via esclusiva al Presidente del Consiglio dei Ministri ogni atto dispositivo sul segreto di Stato, ossia l'apposizione del vincolo (art. 1, comma 1, lett. b, e art. 39, comma 4) la conferma dell'opposizione (art. 1, comma 1, lett. c), il diniego dell'accesso (art. 39, comma 8), la proroga del vincolo (art. 39, comma 8) e la revoca del vincolo (art. 39, comma 9).

[34] Un esempio di esercizio del potere di secretazione da parte di un soggetto diverso dal Presidente del Consiglio è costituito dalla controversa secretazione da parte del Ministro dell'Interno dell'area denominata "Villa la Certosa" in locazione al Presidente del Consiglio dell'epoca (decreto di secretazione del Ministro dell'Interno 6 maggio 2004 prot. n. 1004/100 a sua volta secretato con nota del Ministero dell'Interno – Gabinetto del Ministro – Segreteria speciale 2 ottobre 2004 prot. n. 1004/100 – 1933/2). Sul tema si rimanda, *ex multis*, a P. VERONESI, *La "villa dei misteri": uso e abuso del segreto di Stato*, in www.forumcostituzionale.it, marzo 2005, pp. 1 e ss.; G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., pp. 500-504.

ISSN 2036-7821

L'esclusività del potere di disporre del segreto di Stato è ribadita anche dal fatto che il Presidente del Consiglio non possa delegare tale funzione all'eventuale Autorità delegata alla sicurezza della Repubblica (art. 3, comma 1, l. 124/2007).
Sebbene il nostro ordinamento contempli la possibilità di effettuare limitazioni di sovranità al fine di partecipare ad accordi internazionali finalizzati al perseguimento della pace e della giustizia, da un punto di vista organizzativo, la titolarità della politica nazionale di secretazione deve ritenersi esclusiva del Presidente del Consiglio italiano anche nel caso nel quale il segreto di Stato sia funzionale al rispetto di accordi internazionali alla luce dei quali l'Italia ha parzialmente limitato la propria sovranità (si pensi agli accordi NATO e UE ma anche agli accordi con singoli Stati o altri soggetti).
In tal caso gli accordi internazionali sono certamente idonei a vincolare anche in maniera significativa la discrezionalità del potere di secretazione; tuttavia, la titolarità del potere deve ritenersi sempre e comunque esclusivamente in capo al Presidente del Consiglio, unico organo che risponde davanti ai cittadini in caso di eccezioni alla regola della trasparenza e dell'esercizio del potere pubblico in pubblico.
L'integrale gestione del potere invisibile comporta che il Presidente del Consiglio abbia potestà di regolamentare la materia[35], anche con riguardo all'organizzazione e alla tutela amministrativa in materia di secretazione e, nel rispetto dei limiti e dei presupposti previsti dalla legge, relativamente ai criteri per rilevare la sussistenza di una cosa che deve essere oggetto di segreto di Stato.
Questioni idonee a condizionare, seppur indirettamente, la concreta possibilità per il titolare di esercitare la gestione della politica di secretazione sono le eventualità (patologiche) nelle quali il decisore non abbia piena contezza delle informazioni connesse al segreto[36].
In tal senso rileva il ruolo del direttore del Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (DIS). Ai sensi della normativa primaria e secondaria in materia[37], infatti, il

[35] In particolare, l'art. 1, comma 2, l. 124/2007 prevede che «ai fini dell'esercizio delle competenze di cui alle lettere b) e c) del comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri determina i criteri per l'apposizione e l'opposizione del segreto ed emana le disposizioni necessarie per la sua tutela amministrativa, nonché quelle relative al rilascio e alla revoca dei nulla osta di sicurezza».

[36] Sull'importanza delle informazioni per un corretto esercizio delle pubbliche funzioni si rimanda a M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria nel procedimento amministrativo*, Milano, 1991, *passim*; D. BORTOLOTTI, *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, Milano, 1984, in particolare pp. 61 e ss.; E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011, pp. 54-55.

[37] Con particolare riferimento all'apposizione del vincolo, essa è disposta dal Presidente del Consiglio autonomamente oppure su richiesta dell'amministrazione competente. Nel primo caso il Presidente è assistito per tutti gli adempimenti relativi alla tutela del segreto di Stato dall'Ufficio Centrale per la Segretezza (UCSe) costituito presso il DIS (art. 9, comma 1, e comma 2, lett. a, l. 124/2007) e, quindi, in ultima analisi dal direttore del DIS. Nel secondo caso, la richiesta di apposizione dell'amministrazione competente deve essere rivolta al direttore del DIS (art. 6, dpcm 8 aprile 2008). In tal modo, alla luce della competenza dell'UCSe, e quindi del DIS,

ISSN 2036-7821

direttore del DIS, nell'assistere il Presidente del Consiglio nella politica di secretazione, funge da filtro nella comunicazione delle informazioni relative alle cose che necessitino di secretazione: da ciò consegue l'elevata concentrazione di potere conoscitivo preventivo rispetto all'autorità politica, potere che può comportare anche la decisione di modulare o interpretare le modalità di diffusione delle informazioni; ma da ciò consegue anche il pericolo di ingerire eccessivamente sull'attività delle agenzie di informazioni per la sicurezza esterna (AISE) e interna (AISI) e sull'attività delle altre amministrazioni, anche militari, coinvolte dal segreto di Stato[38].

In considerazione della funzione attribuita in via esclusiva al Presidente del Consiglio, il ruolo di filtro del direttore del DIS anche per informazioni che le amministrazioni competenti potrebbero comunicare direttamente al Presidente del Consiglio potrebbe, quindi, costituire un passaggio non necessario nell'ottica dell'organizzazione amministrativa, anche sulla base del fatto che il direttore del DIS non è o un organo politico e non risponde politicamente in merito alla politica di secretazione come il Presidente del Consiglio, potendo il direttore del DIS solo subire la sanzione della revoca dell'incarico in quanto organo soggetto a *spoyl sistem*.

Allo stesso tempo, però, si potrebbe argomentare che, proprio per rendere effettiva la titolarità della gestione della politica di secretazione da parte del presidente del Consiglio, è essenziale che via sia un organo amministrativo unico, il direttore del DIS appunto, a vigilare che effettivamente tutte le informazioni siano correttamente comunicate all'autorità politica, unica responsabile della funzione in esame. Del resto, l'importanza di uno stretto coordinamento emerge anche dal fatto che gli stessi direttori e dei vicedirettori dell'AISE e dell'AISI potrebbero esercitare le proprie competenze in modo da influire sul potere di disposizione del segreto di Sato, eventualmente selezionando o interpretando informazioni in loro possesso oppure ancora non effettuando le comunicazioni con assoluta tempestività al fine di portare avanti filoni segreti di ricerca di informazioni. E il medesimo problema potrebbe derivare anche dalla mancata o non ottimale comunicazione tra Presidenza del Consiglio-DIS-UCSe e le altre amministrazioni all'interno delle quali potrebbe generarsi un segreto di Stato, come, ad esempio, i Ministeri degli Esteri e della Difesa ma anche gli altri Ministeri del Comitato Interministeriale per la Sicurezza della Repubblica (CISR).

---

nel caso di autonoma apposizione e della competenza del direttore del DIS in caso di richiesta proveniente da altra amministrazione, il direttore del DIS è di fatto a conoscenza di qualsiasi apposizione di segreto di Stato.

[38] La dottrina si pone dubbi sulla ragionevolezza di tale concentrazione di informazioni in capo al direttore del DIS e sottolinea come il «coordinamento», la «consulenza» e il «controllo» sull'applicazione delle norme di legge da parte delle amministrazioni richiedenti l'apposizione, previsti dall'art. 9, comma 1, l. 124/2007, sia un potere differente rispetto alla diretta conoscenza, anche preventiva, delle informazioni delle quali il Presidente del Consiglio dovrebbe disporre la secretazione. Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., pp. 524-525.

ISSN 2036-7821

Sul punto emerge la centralità del ruolo dell'UCSe, e dell'Ufficio Inventario costituito al suo interno, nel monitoraggio del materiale afferente all'ambito del segreto di Stato custodito dalle amministrazioni della Repubblica[39] e nell'archiviazione di tutto il materiale afferente ai segreti di Stato passati e presenti e alle istruttorie relative a procedimenti di secretazione ancora non conclusisi[40].
Dall'accuratezza dell'archiviazione e del monitoraggio deriva sia la possibilità per il Presidente del Consiglio di esercitare il potere di disposizione del segreto di Stato nella sua pienezza sia anche la possibilità di effettuare adeguati controlli in sede politica[41] e in sede di conflitto di attribuzioni.
A tal proposito la direttiva del Presidente del Consiglio del 14 febbraio 2012 (c.d. direttiva Monti) ha ricordato alle amministrazioni di espletare ogni procedura per l'eventuale apposizione del segreto di Stato tramite l'UCSe e di informare tempestivamente il Presidente del Consiglio di ogni opposizione del segreto in giudizio[42]. Da ciò si potrebbe pensare che, quindi, almeno fino al 2012 continuassero a presentarsi problemi di coordinamento tra amministrazioni coinvolte, ragion per la quale risultasse (ma risulta ancora) imprescindibile un monitoraggio costante sul punto.
In connessione alla titolarità dell'esercizio del potere invisibile vi è anche la responsabilità che tale segmento di potere, al fine di tutelare precipui interessi della Repubblica, resti effettivamente invisibile e sia quindi sottratto alla conoscibilità di coloro i quali non debbano necessariamente esserne resi edotti.

---

[39] Ai fini del monitoraggio «le amministrazioni che detengono informazioni coperte da segreto di Stato comunicano annualmente all'"Ufficio Inventario" di cui all'articolo 7, comma 2, lettera a) per la parifica, gli estremi identificativi dei documenti in loro possesso, annotati con numero progressivo in apposito registro. A tal fine, le amministrazioni provvedono all'istituzione del predetto registro, trasmettendone copia conforme all'"Ufficio Inventario"» (art. 77, comma 3, d.P.C.M. 6 novembre 2015, n. 5).

[40] In particolare, l'UCSe, «conserva in un apposito archivio istituito ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 2 del 12 giugno 2009 e con modalità atte ad impedirne la manipolazione, la sottrazione o la distruzione, gli atti concernenti: a) le istruttorie per l'apposizione o la conferma dell'opposizione, definite o in corso, indipendentemente dal loro esito; b) le istanze di accesso ai sensi dell'articolo 39, comma 7, della legge; c) i registri inventario di cui all'art. 77, comma 4». (art. 78, comma 1, d.P.C.M. 6 novembre 2015, n. 5).

[41] A questo proposito «l'elenco aggiornato dei segreti di Stato è comunicato al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica nell'ambito della relazione semestrale di cui all'articolo 33, comma 1, della legge» (art. 77, comma 3, d.P.C.M. 6 novembre 2015, n. 6).

[42] Dichiara, infatti, espressamente la direttiva: «le SS.LL. vorranno dare precise direttive affinché ogni procedura volta a sottoporre alle determinazioni presidenziali i provvedimenti in tema di segreto di Stato, sia di conferma del vincolo opposto all'Autorità giudiziaria dai soggetti legittimati, ai sensi degli articoli 202 e 256-*ter* c.p.p. e 41 della legge n. 124, sia di apposizione, ai sensi dell'art. 39, comma 4, della stessa legge, venga espletata per il tramite dell'UCSe, trasmettendo all'Organo nazionale di sicurezza, di cui all'art. 6 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 4/2011, tutti gli elementi conoscitivi utili all'espletamento dell'istruttoria. Con la stessa procedura, le Amministrazioni dovranno, d'ora in avanti, informare tempestivamente il Presidente del Consiglio di ogni singolo caso di opposizione del segreto di Stato effettuata all'Autorità giudiziaria da propri dipendenti o da soggetti sottoposti alla propria vigilanza ovvero di cui comunque vengano a conoscenza» (direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 febbraio 2012).

ISSN 2036-7821

A questo riguardo l'art. 39, comma 2, l. 124/2007 prevede che «le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose e i luoghi coperti da segreto di Stato sono posti a conoscenza esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati».
Tale disposizione prende atto della necessità inevitabile che le informazioni coperte da segreto di Stato, alcune di esse o anche solo parte di una sola informazione siano conosciute dagli operatori del servizio pubblico di sicurezza nazionale; ciò, però, nel rispetto di limiti soggettivi, ossia la conoscibilità solo da parte di determinati soggetti che svolgono fini essenziali, e limiti oggettivi, ossia conoscibilità solo su parti essenziali e indispensabili per l'assolvimento dei compiti e il raggiungimento dei fini[43].
Il secondo periodo del citato art. 39, comma 2, specifica le modalità di protezione giacché «tutti gli atti riguardanti il segreto di Stato devono essere conservati con accorgimenti atti ad impedirne la manipolazione, la sottrazione o la distruzione». In tal modo, il comma 2, nel premurarsi di scongiurare alterazioni degli atti sul segreto di Stato, adempie a un duplice scopo: è, infatti, una norma espressione di trasparenza in quanto valorizza l'importanza di mantenere una traccia documentale dell'esercizio del potere invisibile e, al contempo, è norma volta a responsabilizzare gli operatori a vigilare con solerzia e utilizzare tutti gli accorgimenti per non compromettere l'informazione e i preminenti interessi della Repubblica protetti[44].

3. Il presupposto teleologico della sicurezza della Repubblica.
Il potere di secretazione del Presidente del Consiglio esiste solamente in presenza di rigorosi requisiti coincidenti con la finalità di protezione di interessi tali da giustificare il mantenimento del potere invisibile anche in una democrazia

[43] È opportuno precisare che gli operatori sono muniti di nulla osta di sicurezza (NOS) ma esso è solamente una condizione necessaria e non sufficiente alla fruizione delle informazioni coperte da segreto di Stato. Infatti, consentire la fruizione di qualsiasi informazione a tutti gli operatori dei servizi segreti solamente perché dotati di abilitazione di sicurezza comporta due gravi rischi ben evidenziati in dottrina: da un lato l'impossibilità di intervenire nel caso un soggetto abilitato perda la propria affidabilità per propria scelta (es. tradimento) o per cause a esso non imputabili (es. sequestro e/o tortura); dall'altro lato la necessità che siano strettamente predeterminati i soggetti a conoscenza dell'informazione in modo che, in caso di diffusione illegittima, sia più facile ricostruire le responsabilità e intervenire sul problema. Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., pp. 533-534. Tale istituto risponde, quindi, alla risalente necessità di definire sistemi idonei a limitare il numero di soggetti a conoscenza dei segreti e anche a saggiare l'affidabilità degli stessi soggetti. G. FERRARI, *L'avventura del «segreto» nell'Italia repubblicana tra gli Anni '60 ed '80*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del convegno nazionale. Roma 26-28 ottobre 1981*, Padova, 1983, pp. 86-87.

[44] Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., pp. 535-536. In concreto, le informazioni coperte da segreto di Stato sono conservate «nell'esclusiva disponibilità dei vertici delle amministrazioni originatrici ovvero detentrici e, per quanto concerne il DIS, l'AISE e l'AISI, dei rispettivi direttori» (art. 77, comma 2, d.P.C.M. 6 novembre 2015, n. 5) e attraverso le misure di sicurezza previste per la protezione della classifica di segretezza SEGRETISSIMO, ove applicabili (art. 77, comma 3, d.P.C.M. 6 novembre 2015, n. 5).

ISSN 2036-7821

costituzionale. La finalità di protezione costituisce, dunque, il presupposto per l'esistenza del segreto[45].

In merito ai presupposti teleologici, si contrappongono storicamente due impostazioni teoriche: quella soggettiva e quella oggettiva[46].

Secondo la teoria soggettiva, o della volontà, il segreto di Stato è concepito come tutto ciò che i pubblici poteri ritengano che debba essere protetto nel nome della ragion di Stato[47].

Da questa impostazione deriva l'impossibilità di controllare preventivamente i presupposti per l'esercizio del potere di secretazione il quale tende, così, a essere giustificato, di volta in volta, sulla base di una dichiarata ragion di Stato, concetto eccessivamente ampio e idoneo a ricomprendere anche la mera volontà politica del gestore del potere di secretazione.

La Corte Costituzionale, già con le sentenze 82/1976 e 86/1977, unita a condivisibile dottrina, hanno da tempo evidenziato l'incompatibilità costituzionale delle teorie volontaristiche e delle giustificazioni fondate sulla ragion di Stato in quanto non è contemplabile, in una democrazia costituzionale, che sia il Presidente del Consiglio titolare del potere gestorio sul segreto di Stato a stabilire i presupposti della secretazione senza limiti preventivi e in maniera così discrezionale da poter ricomprendere anche questioni connesse alla mera volontà politica della maggioranza di governo[48].

Secondo la differente teoria oggettiva è l'ordinamento a individuare i presupposti perché il soggetto titolare del potere di tutela predisponga la secretazione.

Da questa regola discende il fatto che la secretazione debba avvenire indipendentemente dalla volontà del soggetto preposto al segreto[49]: una simile conseguenza è idonea a ridurre considerevolmente la discrezionalità del Presidente del Consiglio.

---

[45] Sul punto si veda anche G. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Milano, 1983, pp. 153-154. Ad ogni modo, il segreto di Stato, laddove funzionale alla finalità di protezione che, come si vedrà, consiste nella tutela della sicurezza della Repubblica, deve essere tutelato esattamente come la stessa sicurezza della Repubblica. Cfr. C. MOSCA, *Segreto – Trasparenza*, cit., pp. 149-151.

[46] Sul contrasto cfr. U. ROSSI MERIGHI, *Segreto di Stato tra politica e amministrazione*, Napoli, 1994, pp. 43 e ss.

[47] Tesi maggioritaria in un periodo risalente e strettamente connessa all'ideologia di Stato e di governo dalla quale è sorto anche il codice Rocco. Su tale tesi si veda esemplificativamente G. CUOMO, *Istituzioni di diritto penale*, vol. I, Catania, 1946, pp. 88-89.

[48] Cfr. P. CARETTI, *Limiti costituzionali alla tutela del segreto di Stato*, in *Dem. e dir.*, 1980, p. 817. Pertanto, circa l'individuazione del fondamento delle finalità di secretazione del potere è bene evitare antiche giustificazioni pre-costituzionali basate sulla straordinarietà del bene giuridico protetto e su un fine che aprioristicamente giustifica i mezzi e preferire impostazioni teoriche che perseguano finalità di tutela «attraverso un percorso costituzionale esplicito che integri e sviluppi i presupposti di partenza – che pur conservano, evidentemente, la loro validità – in una dimensione complessiva più condivisa e per questo più autorevole». M. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale*, cit., pp. 23-24.

[49] Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale, II, Milano, 1986, pp. 816.

ISSN 2036-7821

Le ipotesi di oggettivizzazione dei presupposti del segreto di Stato possono estrinsecarsi in diverse forme.

Attraverso una prima ipotesi ricostruttiva, ispirata a una concezione formalistica del principio legalità, per la riconduzione all'oggettività sarebbe sufficiente il ricorso all'elencazione preventiva degli interessi per i quali deve essere predisposta la tutela del segreto di Stato.

Maggiormente in linea con l'impostazione adottata dalla Consulta, relativa alla finalizzazione alla salvaguardia dei supremi e imprescindibili interessi dello Stato comunità (come esemplificato da Corte cost. 86/1977), risultano essere concezioni teoriche ispirate a una legalità costituzionale. Per tali concezioni non sono protetti solo alcuni interessi considerati singolarmente ma, al contrario, il presupposto del segreto di Stato è «la difesa della totalità dei valori costituzionali che danno contenuto all'unità politica»[50]. Pertanto, se ogni segreto deve essere coincidente con un interesse pubblico superiore a quello di pubblicità/trasparenza[51], nel caso del segreto di Stato esso esiste solo in funzione di un fine che racchiuda in sé il nucleo essenziale della difesa degli interessi e dei valori costituzionali.

In tal senso, l'unità di tutti gli interessi e i valori per i quali il segreto di Stato è posto a presidio, nell'ottica di una legalità costituzionale, può essere ravvisato nel concetto di tutela della sicurezza della Repubblica, davanti alla quale il segreto di Stato non solo è legittimo ma è, anzi, doveroso[52].

L'esatta perimetrazione del concetto di sicurezza della Repubblica, ossia la declinazione democratico-repubblicana del più generico concetto di sicurezza nazionale[53], è complessa, innanzitutto, poiché, trattandosi di un concetto unitario,

---

[50] A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Torino, 2010, p. 13.

[51] A seconda del bene giuridico è ravvisabile una differenziazione tra varie tipologie di segreto: considerando i segreti amministrativi, nel caso del segreto d'ufficio, l'interesse è il buon andamento della P.A., oppure, ancora, nel segreto istruttorio, l'interesse è il buon andamento dell'istruttoria. Cfr. G. FERRARI, *L'avventura del «segreto» nell'Italia repubblicana*, cit., pp. 81-82. Sul principio teleologico del segreto cfr. anche U. SCARPELLI, *La democrazia e il segreto*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, cit., p. 644-647.

[52] Circa il fondamento della doverosità costituzionale del segreto di Stato, la dottrina maggioritaria ritiene che esso risieda negli artt. 1, 2, 5, 52 e 54 Cost., dall'unione dai quali si evince il dovere di fedeltà all'Italia, Repubblica democratica, unita e indivisibile; e all'interno di tale fedeltà, la frontiera più avanzata è costituita dal dovere di difesa della Patria. Cfr. Corte cost. sent. nn. 82/1976, 86/1977, 110/1998, 106/2009, 40/2012, 24/2014. In dottrina cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., pp. 22-23; G. PITRUZZELLA, voce *Segreto*, cit., 2002, p. 3; G. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, cit., pp. 287-288; G. COCCO, *I Servizi di informazione e sicurezza nell'ordinamento italiano*, vol. I, Padova, 1980, pp. 45 e ss.; S. LABRIOLA, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Milano, 1978, pp. 45-49; F. MASTROPAOLO, *Nozione e disciplina del segreto di Stato*, in AA.VV., *Segreto di Stato e Servizi di Informazione e Sicurezza (commento alla legge 24 ottobre 1977, n. 801)*, Roma, 1978, pp. 87-91; P. PISA, *Il segreto di Stato. profili penali*, Milano, 1977, pp. 209-212.

[53] Il termine sicurezza nazionale, di derivazione anglosassone, è ormai ampiamente diffuso ma, da un punto di vista, più che giuridico, di pura opportunità lessicale, risulta preferibile l'utilizzo del termine sicurezza della Repubblica rispetto a sicurezza dello Stato o sicurezza nazionale al fine di prevenire ambiguità terminologiche. Similmente M. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale*, cit., pp. 34-35.

ISSN 2036-7821

essa sconta la difficoltà di stabilire quali siano gli interessi idonei ad alimentarla in ogni caso concreto di secretazione; da un altro punto di vista, la selezione e l'interpretazione degli interessi nel caso concreto si trova sospesa tra politico e giuridico[54]. Questo comporta che in dottrina vi sia anche chi sostenga che non sia possibile una definizione di sicurezza nazionale in quanto essa, poggiandosi su tre livelli individuale, nazionale e internazionale, sarebbe riconducibile a sistema solamente laddove il soggetto titolare del vincolo di secretazione individuasse come chiavi di lettura precisi elementi di carattere ideologico e quindi politico[55]; oppure vi è anche chi ritiene che la sicurezza nazionale sia un concetto difficilmente categorizzabile come gli altri beni giuridici protetti dalla Costituzione in quanto sfuggente e connesso al mutare degli scenari geopolitici[56].

In questa sede, pur ritenendosi necessario adottare una visione della sicurezza nazionale non meramente ancorata a dinamiche statuali ma il più possibile sistemica[57], si ritiene preferibile non rimettere l'interpretazione della clausola generale della sicurezza nazionale esclusivamente al decisore politico ma, al contrario, cercare di definire una soluzione che unisca le varie forme di oggettivizzazione: in tal modo risulta utile delineare un sistema di clausole che circoscrivano i contorni del concetto di sicurezza nazionale all'insegna del sistema costituzionale, pur mantenendolo adattabile al mutare delle sfide geopolitiche[58]. D'altra parte, solo ancorando il concetto di sicurezza nazionale a parametri tendenti all'oggettivizzazione, è possibile effettuare un bilanciamento tra essa, intesa come bene giuridico o diritto di libertà[59], e gli altri beni giuridici o diritti, alla luce della necessità, della proporzionalità e della ragionevolezza[60].

L'impostazione di una oggettivizzazione mediante il combinarsi di un'elencazione di elementi sintomatici e di clausole generali riassuntive di valori oggettivi è stata adottata prima, più timidamente, dalla l. 801/1977 e oggi, più esplicitamente, dall'art. 39 della l. 124/2007, alla luce del quale «sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza

[54] M. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale*, cit., p. 37.

[55] Questa è, ad esempio la visione di B. BUZAN, *People, States and Fear. The National Security Problems in International Relations*, Brighton, Wheatsheaf Books, 1983, in particolare pp. 245-257.

[56] Cfr. C. JEAN, *La politica di sicurezza dell'Italia*, in *Gnosis*, 4, 2014, pp. 159-165.

[57] Cfr. B. BUZAN, *People, States and Fear*, cit., pp. 247-248.

[58] M. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale*, cit., pp. 41-42.

[59] Sulla sicurezza nazionale come diritto di libertà si veda C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà*, Padova, 2012, *passim*.

[60] Cfr. M. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale*, cit., in particolare pp. 19 e 38-39. La sicurezza della Repubblica deve porsi, quindi, come «formula riassuntiva di valori oggettivi, quelli che identificano e qualificano l'unità politica». A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., p. 23.

ISSN 2036-7821

dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato» (art. 39, comma 1).

Dalla specificazione dei contorni della sicurezza della Repubblica idonea a giustificare l'esistenza del segreto di Stato emerge quanto quest'ultimo possa coprire qualsiasi aspetto inerente alla tutela dell'attuale forma di Stato democratico-pluralista, del funzionamento degli organi costituzionali e delle istituzioni democratiche, della personalità giuridica della Repubblica italiana all'estero e dei suoi interessi diplomatici nonché inerente alla difesa militare.

Da ciò consegue che la visione olistica della sicurezza della Repubblica giustificatrice del segreto di Stato sia idonea ad assorbire anche la sicurezza in ambito militare.

Sebbene questo possa apparire pacifico, il fatto che anche recentemente il d.lgs. 66/2010 (c.d. Codice dell'ordinamento militare), nell'abrogare espressamente il r.d. 1161/1941 sul segreto militare[61], abbia ribadito l'applicabilità della disciplina generale sul segreto di Stato anche ad «atti, documenti, notizie, attività e beni militari»[62], testimonia l'ancora radicata autonomia tra la sicurezza della Repubblica e la sicurezza in ambito militare.

Sempre con riferimento alla declinazione militare della sicurezza della Repubblica, significativo è il riferimento non solo alla difesa militare ma anche alla «preparazione»[63], termine idoneo, se interpretato in maniera estensiva, ad ampliare la sfera di operatività del segreto di Stato anche ad ambiti solo indirettamente connessi alla difesa militare, con possibile coincidenza e confusione tra l'ambito di applicazione del segreto di Stato e qualsiasi altra forma di segretezza militare.

Sul punto, tema particolarmente delicato è quello delle forniture militari a terzi, laddove l'interpretazione estensiva del termine «preparazione» potrebbe condurre a rendere secretabili anche operazioni (condotte dalle Forze Armate italiane o dalle aziende italiane produttrici di armamenti) di vendita/trasferimento a soggetti terzi di armamenti anche nel caso nel quale tali operazioni non siano direttamente finalizzate alla difesa della Repubblica italiana e dei suoi alleati o a un uso della forza legittimo e diretto al perseguimento della pace e della giustizia ex art. 11 Cost.[64]. Non si ritiene, invece, di per sé riconducibile al concetto di preparazione militare la vendita privata di armamenti, anche di valore rilevante per l'economia nazionale, effettuata dalle aziende italiane produttrici di armamenti a terzi laddove fosse sorretta dal mero interesse economico: queste vendite, normalmente rientranti negli interessi privati

[61] Art. 2268, comma 1, n. 196, del d.lgs. 66/2010.

[62] Art. 235, comma 1, d.lgs. 66/2010.

[63] Termine ribadito testualmente anche dal n. 14 dell'allegato al d.P.C.M. 8 aprile 2008.

[64] Sul punto cfr. P. PISA, *Le premesse «sostanziali» della normativa sul segreto di Stato*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Segreto di Stato e giustizia penale*, Bologna, 1978, pp. 35-36; P. CARETTI, *Limiti costituzionali alla tutela del segreto di Stato*, cit., p. 838; P. BARILE, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, 1, 1987, p. 4; G. PITRUZZELLA, voce *Segreto*, cit., p. 6.

ISSN 2036-7821

delle aziende produttrici, potrebbero solo eventualmente e incidentalmente coincidere con interessi preminenti e specifici di cui all'art. 39, comma 1.
Sul piano dei rapporti esterni, in ambito diplomatico è stato molto criticato in dottrina l'inciso «anche in relazione ad accordi internazionali» in quanto giudicato troppo generico e idoneo ad ampliare eccessivamente l'ambito di secretabilità del potere; del resto, se già è complessa la giuridicizzazione del potere invisibile nella sua dimensione statuale e quindi democratico-repubblicana, ancora più ardua può risultare la giuridicizzazione di una rete di potere invisibile esterno della quale la volontà italiana è solo una parte anche minoritaria. Tale inciso potrebbe, altresì, contribuire anche a perpetrare la prassi degli accordi internazionali segreti e dei serissimi problemi di democraticità e trasparenza dei quali essi sono forieri[65].
In materia non di negozi giuridici con altri Stati ma, bensì, di semplici «relazioni con essi», per usare l'espressione dell'art. 39 comma 1, rilevanti problemi possono riscontrarsi nell'attivazione del segreto di Stato su richiesta di altri Stati o altri soggetti della comunità internazionale. In particolare, è legittimo chiedersi se la mera richiesta da parte di un altro soggetto del diritto internazionale sia di per sé idonea a integrare *sic et simpliciter* il presupposto per l'attivazione del segreto di Stato e quindi se il Presidente del Consiglio sia obbligato a disporne l'attivazione al fine di curare i rapporti diplomatici con altri soggetti esteri; e, di converso, ci si può anche chiedere se il segreto di Stato, alla luce del tenore letterale dell'art. 39, comma 1, possa essere adoperato dal Presidente del Consiglio come strumento di cortesia o tattica diplomatica[66].
Ad avviso di chi scrive, la risposta a entrambi i quesiti può essere fornita dall'analisi in chiave unitaria del concetto di sicurezza della Repubblica: in tal senso, la secretazione può ritenersi giustificabile se il mancato perseguimento di buone relazioni diplomatiche fosse idoneo a compromettere gravemente la sicurezza della Repubblica attraverso il pericolo di un danno più grave di quello arrecato ai cittadini italiani dalla mancata trasparenza e conoscenza delle informazioni secretande. In quest'ottica, tralasciandosi, ovviamente, i casi nei quali l'apposizione del segreto sia contro l'interesse nazionale italiano e favorisca l'entità estera richiedente (poiché integrerebbero ipotesi di tradimento della Patria), nei diversi casi nei quali la mancata attivazione del segreto abbia o anche solo possa avere ripercussioni diplomatiche non scongiurabili e tali da ledere la sicurezza della Repubblica italiana, il Presidente del Consiglio sembrerebbe tenuto all'attivazione del segreto; al contrario, nei casi nei quali il segreto di Stato non avesse ripercussioni sulla sicurezza

[65] Cfr. A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3 febbraio 2009, p. 4. Le critiche sul punto sono ravvisabili anche nella vigenza della l. 801/1977. Cfr. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, cit., pp. 282 e ss.
[66] In quest'ultimo caso assumendo i contorni di quanto era previsto dall'allegato 11 al r.d. 1161/1941, il quale imponeva il segreto su direttive e orientamenti del Governo su trattative internazionali.

ISSN 2036-7821

della Repubblica ma fosse solo uno dei possibili strumenti di diplomazia, sembrerebbe doversi ritenere non apponibile il segreto per mancanza del requisito oggettivo dell'attribuzione.
Sul tema dei rapporti tra potestà sul segreto di Stato e relazioni internazionali, anche sotto forma di accordo segreto, si tornerà nelle pagine successive.
È legittimo domandarsi, inoltre, se nell'elenco di cui all'art. 39, comma 1, siano ricompresi anche gli interessi economici, finanziari, industriali, scientifici, tecnologici o anche quelli legati alla salute e all'ambiente.
Una parte della dottrina critica l'eventuale inclusione di tali interessi nell'ambito d'azione del segreto di Stato in quanto, specialmente con riguardo a certe declinazioni degli interessi economico-finanziari, non costituirebbero dei beni giuridici di per sé tali da giustificare la lesione della regola del potere visibile democratico-repubblicano[67].
Si può osservare, in ogni caso, che le questioni economiche, finanziare, industriali, scientifiche, tecnologiche, sanitare e ambientali potrebbero coinvolgere la sicurezza della Repubblica e, dunque giustificare il potere invisibile, laddove implicassero pericoli talmente tanto seri da sfociare nel più ampio tema della difesa interna ed esterna o delle gravissime ripercussioni diplomatiche. A ben vedere, però, la rilevanza di tali concetti nell'ambito della sicurezza della Repubblica risulta meramente indiretta in quanto connessa a elementi esplicitamente menzionati dall'art. 39, comma 1.
Connesso ai presupposti teleologici, essenziale requisito legale, idoneo a giuridicizzare il potere invisibile, è il bilanciamento tra segretezza e trasparenza sotteso a ogni attivazione del segreto di Stato.
In tal senso, al fine di rimarcare che il segreto di Stato costituisca uno strumento da evitare salvo situazioni per le quali non è possibile utilizzare un'altra soluzione, non basta che sia sussistente un presupposto teleologico per l'attivazione del segreto di Stato poiché è, altresì, necessario che sia effettuato un bilanciamento tra la tutela della sicurezza della Repubblica tramite la segretezza e il pregiudizio ai cittadini in termini di mancata conoscibilità: infatti, il pregiudizio derivante dalla conoscenza «al di fuori degli ambiti e delle sedi autorizzate» deve essere «tale da ledere gravemente le finalità di cui al comma 1» (art. 39, comma 3, l. 124/2007).
Il parametro della grave lesività e il bilanciamento sotteso è finalizzato, dunque, a distinguere le informazioni per le quali sia necessaria l'apposizione del segreto di Stato da quelle per le quali sia sufficiente la differente tutela apportata dalle classifiche di segretezza di cui all'art. 42, l. 124/2007[68].

[67] Cfr. A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., p. 2.
[68] Cfr. A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., p. 2; G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., p. 505.

ISSN 2036-7821

Deve, tuttavia, essere rilevato che, nel concreto, la differenza tra segreto di Stato e classifiche di segretezza non è così scontata, a causa del fatto che, con riguardo al concreto bilanciamento, non sono ben definiti gli stessi parametri per effettuare il giudizio di grave lesività; inoltre i presupposti di cui all'art. 39, comma 1, richiamano questioni complesse e difficilmente riconducibili a criteri predeterminabili e astratti[69].
Se già tale circostanza sarebbe idonea a richiedere una maggiore specificazione da parte del legislatore, è ancora più discutibile che la legge affidi una specifica regolamentazione della materia, ivi compresi i criteri per individuare il segreto di Stato, alla normativa secondaria e, dunque, alla potestà regolamentare del Presidente del Consiglio (ai sensi dell'artt. 1, comma 2, e dell'art. 39, comma 5[70], l. 124/2007).
In altri termini, si verifica una eccessiva concentrazione di potere giacché l'organo preposto al vincolo di secretazione è, allo stesso tempo, l'organo competente a stabilire nel concreto i parametri per determinare quando ci si trovi davanti a una informazione che richiederebbe il segreto di Stato.
Come ulteriore aggravante della situazione, il Presidente del Consiglio, nell'esercizio del suo potere di regolamentare in via esclusiva la materia, non ha nemmeno emanato criteri distintivi cristallini per rilevare la sussistenza di un segreto di Stato e per distinguerlo dalle classifiche di segretezza[71]; e, come è stato messo in luce in dottrina, il d.P.C.M. 8 aprile 2008, appositamente dedicato all'individuazione di tali criteri, non solo trascura il suo vero oggetto[72], ma, anzi, aumenta arbitrariamente i

[69] Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., pp. 505-510.

[70] Ai sensi dell'art. 39, comma 5, «il Presidente del Consiglio dei ministri, in attuazione delle norme fissate dalla presente legge, disciplina con regolamento i criteri per l'individuazione delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato». Tale potere esclusivo è idoneo a far ritenere che non residui alcun potere ulteriore in capo ai soggetti che possano trattare segreti di Stato pur non essendo direttamente dipendenti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri come i privati, il personale dei Ministeri degli Esteri, dell'Interno e della Difesa. Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., pp. 522-523. Ciò vale in special modo anche per il già citato RIS, il servizio segreto delle forze armate, per il quale, dunque, non si pone il problema che possa esercitare il potere invisibile, ivi compreso l'uso della forza, attraverso modalità non rientranti in quelle previste dalla l. 124/2007.

[71] Ci si potrebbe chiedere in particolare come si rapporti il criterio della grave lesività con i criteri introdotti dal d.P.C.M. 12 giugno 2009 per distinguere al loro interno le classifiche di segretezza. Infatti, l'art. 4 di tale d.P.C.M. prevede che la classifica «segretissimo» sia relativa a un danno «eccezionalmente grave», quella di «segreto» sia relativa a un danno «molto grave», quella di «riservatissimo» a un danno «grave» e, infine quella di «riservato» a un danno «lieve». La questione è ulteriormente complicata dal fatto che le materie indicate per le classifiche di segretezza dal d.P.C.M. 12 giugno 2009 siano sovrapponibili a quelle del segreto di stato. Cfr. cfr. T. F. GIUPPONI, *La riforma del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e la nuova disciplina del segreto di Stato*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato*, Torino, 2010, pp. 108-109. Ebbene, alla luce di ciò e stante la coincidenza logica tra i termini «lesione» e «danno», parrebbe in apparenza che il criterio della lesività grave, idoneo a far sorgere l'esigenza di apporre il segreto di Stato, coincida con il criterio del danno grave previsto per la classifica di «riservatissimo».

[72] Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., p. 524. In particolare, l'art. 3 del d.P.C.M., oltre a riportare la disciplina legislativa, aggiunge solamente che «ai fini della valutazione della idoneità a recare il danno grave di cui al comma 1, si tiene conto delle conseguenze dirette ed indirette della conoscenza dell'oggetto del segreto da parte di soggetti non autorizzati, sempre che da essa derivi un pericolo attuale per lo Stato». A sua

ISSN 2036-7821

possibili interessi davanti ai quali è possibile valutare l'apposizione di un segreto di Stato[73].

Tale aumento risulta ad avviso di chi scrive un profilo di illegittimità del d.P.C.M. 8 aprile 2008.

Emerge, pertanto, la necessità che i presupposti teleologici all'esercizio del rilevantissimo potere di secretazione siano meglio precisati e integrati da ulteriori elementi idonei a circoscrivere e rendere maggiormente controllabile il potere invisibile.

4. Limiti.

4.1. Il divieto di secretazione.

---

volta, l'articolo 5, senza null'altro aggiungere, rimanda ad un apposito allegato la piatta elencazione (meramente esemplificativa) delle materie potenzialmente oggetto di segreto, ossia: «1. La tutela di interessi economici, finanziari, industriali, scientifici, tecnologici, sanitari ed ambientali; 2. la tutela della sovranità popolare, dell'unità ed indivisibilità della Repubblica; 3. la tutela da qualsiasi forma di eversione o di terrorismo, nonché di spionaggio, proveniente dall'esterno o dall'interno del territorio nazionale e le relative misure ed apparati di prevenzione e contrasto, nonché la cooperazione in ambito internazionale ai fini di sicurezza, con particolare riferimento al contrasto del terrorismo, della criminalità organizzata e dello spionaggio; 4. le sedi e gli apparati predisposti per la tutela e la operatività di Organi istituzionali in situazioni di emergenza; 5. le misure di qualsiasi tipo intese a proteggere personalità nazionali ed estere la cui tutela assume rilevanza per gli interessi di cui all' art. 3 del presente regolamento; 6. i compiti, le attribuzioni, la programmazione, la pianificazione, la costituzione, la dislocazione, l'impiego, gli organici e le strutture del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), dell'Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE), dell'Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI) e delle amministrazioni aventi quali compiti istituzionali l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, nonché la difesa civile e la protezione civile, nonché di altre amministrazioni ed enti nei casi in cui le rispettive attività attengono agli interessi di cui all' articolo 3 , comma 1, lettere a), b), c) e d) del presente regolamento; 7. i dati di riconoscimento autentici o di copertura, nonché le posizioni documentali degli appartenenti al DIS, all'AISE ed all'AISI e quelli di copertura degli stessi Organismi; 8. l'addestramento e la preparazione professionale di tipo specialistico per lo svolgimento delle attività istituzionali, nonché le aree ed i settori di impiego, le operazioni e le attività informative, le modalità e le tecniche operative del DIS, dell'AISE e dell'AISI, oltre che delle amministrazioni aventi come compito istituzionale l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, la difesa civile e la protezione civile; 9. le relazioni con Organi informativi di altri Stati; 10. le infrastrutture ed i poli operativi e logistici, l'assetto ed il funzionamento degli impianti, dei sistemi e delle reti di telecomunicazione, radiogoniometriche, radar e cripto nonché di elaborazione dati, appartenenti al DIS, all'AISE ed all'AISI, nonché appartenenti ad altre amministrazioni aventi quali compiti istituzionali l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, la difesa civile e la protezione civile; 11. l'armamento, l'equipaggiamento, i veicoli, i mezzi e i materiali speciali in dotazione al personale appartenente al DIS, all'AISE ed all'AISI, nonché alle amministrazioni aventi quali compiti istituzionali l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, la difesa civile e la protezione civile; 12. il materiale o gli avvenimenti interessanti l'efficienza bellica dello Stato ovvero le operazioni militari in progetto o in atto; 13. l'ordinamento e la dislocazione delle Forze armate, sia in pace sia in guerra; 14. l'efficienza, l'impiego e la preparazione delle Forze armate; 15. i metodi e gli impianti di comunicazione ed i sistemi di ricetrasmissione ed elaborazione dei segnali per le Forze armate; 16. i mezzi e l'organizzazione dei trasporti, nonché le dotazioni, le scorte e le commesse di materiale delle Forze armate; 17. gli stabilimenti civili di produzione bellica e gli impianti civili per produzione di energia ed altre infrastrutture critiche; 18. la mobilitazione militare e civile» (allegato 1 al d.P.C.M. 8 aprile 2008).

[73] Cfr. A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., p. 2. G. SALVI, *Conflitti di attribuzione dietro l'angolo*, in *Guida dir.*, 40, 2007, p. 71.

ISSN 2036-7821

Se il bilanciamento tra presupposti teleologici e sacrificio alla regola del potere visibile è lo strumento ordinario per valutare la necessità della secretazione, l'ordinamento prevede rilevanti limiti legali per ricavare, in questo caso *a contrario*, l'ambito oggettivo del segreto di Stato e, conseguentemente, i confini del potere del Presidente del Consiglio.

Una prima ipotesi di limite legale è costituita dal comma 11 dello stesso art. 39 l. 124/2007, ai sensi del quale «in nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale o a fatti costituenti i delitti di cui agli articoli 285, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale»[74].

In queste situazioni il legislatore definisce a monte il bilanciamento tra conoscibilità e segretezza con prevalenza assoluta per la prima, e sottrae, di conseguenza, il bilanciamento all'autorità preposta all'esercizio del potere di secretazione.

La ragione della previsione di questi casi di esclusione assoluta dell'esercizio del potere invisibile può scorgersi nel fatto che la sicurezza della Repubblica italiana sia tutelata proprio dalla conoscenza dei fatti relativi ai reati citati dall'art. 39, comma 11; viceversa, non è mai ravvisabile un presupposto di tutela della sicurezza della Repubblica nel secretare informazioni di cui all'art. 39, comma 11[75]. Anzi, sembra potersi ritenere che dal tenore dell'art. 39, comma 11, per il legislatore la secretazione di tali fatti risulti una forma di tradimento verso la Repubblica italiana.

Davanti a un limite così rilevante sorgono, in ogni caso, molteplici questioni interpretative circa la portata della norma.

Con riferimento ai fatti di terrorismo o relativi all'associazionismo di stampo mafioso, è discusso se si debbano ricomprendere anche il terrorismo internazionale e le mafie internazionali.

Sul punto vi è chi rileva che l'introduzione del terzo comma all'art. 270-bis c.p., che estende la finalità di terrorismo anche a quello internazionale, e la modifica dell'art. 416-bis c.p., che ha esteso la portata del reato alle mafie «anche straniere», comporterebbero l'estensione del divieto di secretazione anche a fatti di terrorismo o di associazionismo mafioso riguardanti esclusivamente Paesi terzi o altri soggetti del diritto internazionale[76].

Tale tesi potrebbe non essere condivisibile allorché si ritenesse che la *ratio* del limite assoluto non fosse risiedesse nella gravità e nella portata internazionale del

[74] Ci si riferisce, dunque, oltre che ai fatti di terrorismo ed eversione dell'ordine costituzionale, alla devastazione, al saccheggio e alla strage contro la sicurezza dello Stato (285 c.p.), all'associazione di tipo mafioso (416-*bis* c.p.) allo scambio elettorale politico-mafioso (416-*ter* c.p.) e alla strage con lo scopo di uccidere (422 c.p.).

[75] Questa incompatibilità può scorgersi anche nelle sentenze della Consulta n. 82/1976 e 86/1977. Cfr. G. SALVI, *La Corte costituzionale e il segreto di Stato*, in *Cass. pen.*, 10, 2009, p. 3759.

[76] In tal senso G. SAPIENZA, *La nuova disciplina del segreto di Stato: profili sostanziali*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, cit., pp. 145-146; G. GRASSO, *Art. 256 c.p.*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, p. 667.

ISSN 2036-7821

fenomeno terroristico o mafioso, quanto nell'eventualità che i fenomeni mafioso e terroristico fossero connessi con la minaccia/eversione dell'ordine costituzionale italiano: solo davanti a una connessione tra fenomeno terroristico/mafioso e minaccia/eversione dell'ordine costituzionale italiano potrebbe, allora, essere attivato il divieto assoluto di secretazione in quanto, solo in questo caso, la sicurezza della Repubblica italiana risulterebbe tutelata dalla conoscenza dei fatti. Alla luce di ciò, potrebbero ravvisarsi informazioni secretabili su fenomeni terroristici di rilevantissima gravità ma non direttamente connessi alla minaccia/eversione dell'ordine costituzionale italiano (si pensi al fenomeno del narcotraffico) e, al contempo, informazioni non secretabili su fenomeni terroristici di rilievo scarsamente significativo ma direttamente connessi alla minaccia/eversione dell'ordine costituzionale nostrano (si pensi al terrorismo anarchico).

In ogni caso, per delimitare correttamente la portata del divieto di secretazione in merito a mafia e terrorismo internazionale occorrerebbe un intervento chiarificatore del legislatore sul punto.

Altro aspetto ampiamente discusso è anche la portata della locuzione «fatti […] eversivi dell'ordine costituzionale» e, in particolare, ci si può chiedere se essa ricomprenda anche gravi violazioni dei diritti umani.

Per una prima tesi, nei fatti eversivi dovrebbero essere incluse anche le violazioni dei diritti umani in quanto il segreto di Stato sarebbe riconducibile ai valori dello Stato-comunità «e quindi (anche) ai diritti individuali dei singoli cittadini»[77]. Il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo potrebbe, ad avviso di questa tesi, considerarsi condizionante[78] e attenere a un ordine pubblico costituzionale nel quale, per definizione, deve essere perseguita l'armonia tra i principi in esso contenuti[79].

La tesi estensiva[80], sposata tra l'altro dalla Corte EDU[81], ha riscosso un discreto sostegno in dottrina[82], tuttavia è stata in più occasioni parzialmente respinta dalla

---

[77] A. PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato: una coesistenza problematica*, in *Giur. Cost.*, 5, 2015, in particolare p. 1727.

[78] Sul punto V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in *Riv. dir. internaz.*, 1964, pp. 386 e ss., ora in ID., *Stato, popolo, governo*, Milano, 1986, pp. 3 e ss.

[79] A. PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato*, cit., in particolare p. 1727. Sull'ordine pubblico costituzionale funzionale al godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo si veda Corte cost. sent. 168/1971 e in dottrina A. PACE, *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1780. Questo sarebbe in linea con i caratteri dello Stato costituzionale di diritto e con il principio emblematicamente racchiuso nell'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 secondo il quale se non vi è garanzia dei diritti e separazione dei poteri non vi è costituzione. Ulteriori elementi a conforto dell'inclusione della violazione dei diritti nell'eversione dell'ordine costituzione possono essere tratti dalla teoria dei principi supremi non sovvertibili neppure da leggi costituzionali definita dalla Corte Costituzionale (cfr. Corte cost., sent. 1146/1988; 183/1973). Sul punto si veda A. PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato*, cit., in particolare p. 1727-1729.

[80] È interessante osservare come tale tesi sia stata esplicitamente sposata dal legislatore tedesco laddove il § 93, comma 2, esplicita che non possono essere segreti di Stato quelli che violino il «*freiheitliche demokratische*

ISSN 2036-7821

Corte Costituzionale per la quale integrano i «fatti […] eversivi dell'ordine costituzionale» non qualsiasi violazione dei diritti fondamentali ma, bensì, solo le condotte idonee «a sovvertire, disarticolandolo, l'assetto complessivo delle Istituzioni democratiche»[83].

La dottrina che condivide l'orientamento della Consulta precisa che, adottando una concezione estensiva onnicomprensiva di tutte le violazioni dei diritti umani, si impedirebbe una concreta applicazione del segreto di Stato in quanto difficilmente potrebbero rinvenirsi ipotesi di secretazione nelle quali non fossero compressi diritti fondamentali[84].

Sebbene chi scrive propenda per la tesi restrittiva, la conseguenza di tale tesi è quella di costringere l'interprete al delicatissimo e anche pericoloso tentativo di distinguere quali violazioni dei diritti umani siano tali da sfociare nell'eversione e nel sovvertimento dell'assetto complessivo delle Istituzioni e quali altre non abbiano questa caratteristica: ci si potrebbe chiedere, allora, limitandosi a esempi possibili benché di pura fantasia, se ospitare basi di partenza di droni armati stranieri i quali seguono un algoritmo esplicitamente predisposto ad accettare l'uccisione di civili (inermi e innocenti) pur di eliminare l'obiettivo strategico-militare, sia una violazione dei diritti umani «sovversiva» o rispettosa dell'ordinamento costituzionale e delle cessioni di sovranità per il perseguimento della pace e della giustizia internazionale; ci si potrebbe chiedere se integri la violazione «sovversiva» supportare l'allestimento di campi di detenzione dei migranti nelle coste nordafricane; e, ancora, ci si potrebbe chiedere se raggiunga il livello della sovversione assistere e supportare agenti di forze straniere in operazioni finalizzate all'uccisione nel territorio italiano di soggetti

---

Grundordnung oder». In proposito A. PACE, *I "fatti eversivi dell'ordine costituzionale" nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2009, pp. 6 e ss. e bibliografia ivi citata.

[81] Cfr. Corte EDU, sent. 23.02.2016, Nasr e Ghali c. Italia.

[82] Sulla tesi in esame si vedano A. PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato*, cit., in particolare pp. 1727 e ss.; ID., *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., pp. 9-10; ID., *I "fatti eversivi dell'ordine costituzionale"*, in particolare pp. 8 e ss. Essenzialmente concordi in dottrina anche V. PUPO, *Prime note sul segreto di Stato nella dimensione della democrazia rappresentativa*, in *Consulta online*, 1, 2015, pp. 171-172; R. ORLANDI, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, in *Giur. cost.*, 3, 2012, pp. 2329 e ss.; T. F. GIUPPONI, *"A ciascuno il suo". L' attività dei servizi di informazione e la disciplina del segreto di Stato di nuovo davanti alla Corte*, in *Quad. cost.*, 2, 2012, pp. 404 e ss.; A. MARI, *Segreto di Stato: la Corte costituzionale conferma la non conoscibilità degli arcana imperii*, in *Cass. pen.*, 11, 2012, p. 3934; A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *DPCE*, 3, 2012, p. 1008; V. FANCHIOTTI, *Stato di diritto e ragion di Stato: il caso Abu Omar e la Consulta*, in *Questione Giustizia*, 3, 2009, p. 13; G. SALVI, *La Corte costituzionale e il segreto di Stato*, cit., p. 3759.

[83] Questo orientamento è stato espresso in primis con la sentenza 106/2009 sul caso del sequestro Abu Omar. Con tale sentenza la Corte ha ritenuto che il reato di sequestro di persona, pur costituendo una condotta gravemente contrastante con i diritti umani, non rientri nei limiti di cui all'art. 39, comma 1, l. 124/2007. Sulla medesima impostazione restrittiva cfr. Corte Cost. sent. 40/2012 e 24/2014.

[84] Cfr. M. PANZAVOLTA, *Vecchio e nuovo nella disciplina processuale del segreto di Stato*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, cit., pp. 174-175; A. ANZON DEMMIG, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti, 31 luglio 2009, *passim*.

ISSN 2036-7821

non aventi qualifica di militari di Paese in guerra se non addirittura qualificabili esplicitamente come civili.

Sull'individuazione degli elementi dai quali si possa ricavare che una violazione dei diritti umani sia sovversiva, la Corte Costituzionale, nonostante la somma importanza della materia, ha fornito indicazioni poco convincenti e contraddittorie in quanto, se, da un lato, ha ritenuto nel caso Abu Omar che il sequestro e la tortura a scopo di interrogatorio non siano sovversivi, dall'altro lato ha anche ritenuto che non sia sovversiva nemmeno la raccolta sistematica e organizzata di informazioni su opinioni politiche di magistrati e giornalisti[85].

Da quanto osservato emerge come sul punto il problema della corretta individuazione del margine di occultabilità del potere e del bilanciamento tra segreto e trasparenza sia ancora fragile e lontano da una predeterminazione a priori idonea a limitare seriamente l'operato del Presidente del Consiglio.

Sempre tra i limiti legali davanti ai quali prevale l'esigenza di conoscibilità, due importanti previsioni sono contenute nell'art. 204 c.p.p.

Ai sensi dell'art. 204, comma 1-*bis*, c.p.p. non possono essere oggetto di segreto di Stato «fatti, notizie o documenti concernenti le condotte poste in essere da appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza in violazione della disciplina concernente la speciale causa di giustificazione prevista per attività del personale dei servizi di informazione per la sicurezza» con la precisazione che «si considerano violazioni della predetta disciplina le condotte per le quali, essendo stata esperita l'apposita procedura prevista dalla legge, risulta esclusa l'esistenza della speciale causa di giustificazione».

Ebbene, partendo dal presupposto che il personale dei servizi segreti può compiere determinati reati coperto da garanzie funzionali attivabili con rigida procedura di autorizzazione[86], la disposizione in esame ha lo scopo di scongiurare abusi di tale strumento.

Sempre nell'ottica di scongiurare abusi della normativa speciale in materia di servizi di informazione per la sicurezza, l'art. 204, comma 1-*ter*, c.p.p. prescrive che «il segreto di Stato non può essere opposto o confermato ad esclusiva tutela della classifica di segretezza o in ragione esclusiva della natura del documento, atto o cosa oggetto della classifica» in quanto per l'attivazione del segreto di Stato, ossia l'*extrema ratio* prevista dall'ordinamento, è necessario un elemento ulteriore, ossia il pericolo di quella grave lesione alla sicurezza della Repubblica. Allo stesso modo, seppur non esplicitamente previsto dall'art. 204, comma 1-*ter*, c.p.p., non si ritiene attivabile il segreto di Stato sul provvedimento amministrativo relativo alla classifica

[85] Cfr. Corte Cost. sent. 40/2012. Molto critico sul punto A. PACE, *Sull'asserita applicabilità all'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato e sull'inesistenza dei "fatti eversivi" come autonoma fattispecie di reato*, in *Rivista AIC*, 3, 2012, pp. 6-8.

[86] Artt. 17-19, l. 124/2007.

ISSN 2036-7821

di segretezza in quanto, in tal modo, si manterrebbe una strada agevole per eludere il controllo sulle classifiche di segretezza[87].
Tutte le ipotesi riportate costituiscono casi nei quali il Presidente del Consiglio non ha potere di valutare se esercitare la secretazione ma, al più, ha il potere di accertare e/o prendere atto della sussistenza del divieto senza alcun margine di apprezzamento.
Sulla qualificazione della valutazione effettuata dal Presidente del Consiglio si tornerà in seguito.

4.2. La temporaneità e la desecretazione.
Dato il principio del necessario esercizio del potere pubblico in pubblico e data la sua eccezione relativa alla sopravvivenza di margini di esercizio del potere invisibile, deve osservarsi che l'eccezione che giustifica il segreto di Stato non risulta avere una forza tale da consentire che la segretezza prevalga *sine die* sulla trasparenza e sulle esigenze di conoscibilità. In tal senso, il potere visibile mantiene una forza espansiva capace di riprendere il posto temporaneamente ceduto alla segretezza, con la conseguenza che il segreto di Stato debba permanere solamente fintantoché sia rilevabile il suo presupposto teleologico e che, in ogni caso, raggiunto un determinato periodo di tempo, la conoscibilità e la trasparenza in una democrazia siano prevalenti in quanto preposte a reggere il rapporto tra poteri pubblici e popolo[88].
Sulla base di ciò, la temporaneità del vincolo del segreto di Stato può essere letta sia come caratteristica del potere invisibile ulteriore rispetto alla finalizzazione teleologica a preminenti interessi di sicurezza della Repubblica, sia anche come sviluppo e conseguenza del presupposto teleologico: questa seconda lettura è preferibile ad avviso di chi scrive in quanto è sempre per l'accertato venir meno della finalità di sicurezza della Repubblica che il segreto viene meno e, in ogni caso, trascorso un determinato arco di tempo, è l'ordinamento che giudica prevalente la trasparenza rispetto alla segretezza.
La temporaneità del segreto di Stato è attuata mediante l'allestimento di un sistema di desecretazione nel quale è regolamentata, con termini e procedimenti, la fase conclusiva di ogni vincolo di secretazione.
Va osservato che non è sempre stato così poiché, prima della riforma del 2007, il sistema di desecretazione rimetteva alla amplissima discrezionalità dell'autorità competente la valutazione del venir meno delle ragioni di secretazione e non contemplava modalità per sopperire all'inerzia amministrativa. Da ciò emergeva un

[87] Cfr. A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., p. 8; F. PIZZETTI, *Principi costituzionali e segreto di Stato*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Segreto di Stato e giustizia penale*, Bologna, 1978, pp. 103 e ss.
[88] Cfr. E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., p. 50.

ISSN 2036-7821

sistema «del tutto inadeguato»[89] rispetto alla necessaria valorizzazione della forza espansiva del potere visibile.

La l. 124/2007 ha maggiormente definito il carattere fondamentale di provvisorietà del segreto di Stato e ha sviluppato il sistema di desecretazione.

L'art. 39, in primo luogo, prevede due limiti temporali oltre i quali nel bilanciamento tra trasparenza e segreto di Stato può prevalere la trasparenza (nel caso del primo limite) e prevale automaticamente la trasparenza (nel caso del secondo).

Nello specifico «decorsi quindici anni dall'apposizione del segreto di Stato o, in mancanza di questa, dalla sua opposizione confermata ai sensi dell'articolo 202 del codice di procedura penale, […] chiunque vi abbia interesse può richiedere al Presidente del Consiglio dei ministri di avere accesso alle informazioni, ai documenti, agli atti, alle attività, alle cose e ai luoghi coperti dal segreto di Stato» (art. 39, comma 7).

Pertanto, se, davanti a istanze dei cittadini effettuate dall'attivazione del segreto fino ai primi quindici anni, nel bilanciamento sembrerebbe prevalere automaticamente la segretezza (il condizionale è d'obbligo alla luce di ciò che si vedrà a breve), il decorrere del primo termine determina la possibilità di una prevalenza della trasparenza attraverso una speciale ipotesi di accesso ai documenti[90].

Ai sensi del comma successivo, infatti, «entro trenta giorni dalla richiesta, il Presidente del Consiglio dei ministri consente l'accesso ovvero, con provvedimento motivato, trasmesso senza ritardo al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, dispone una o più proroghe del vincolo» (art. 39, comma 8).

Dall'art. 39, comma 8, emerge che, decorso il primo termine, il segreto di Stato non cessi e l'autorità competente mantenga il potere di accertare e valutare la permanenza delle esigenze di secretazione e, dunque, accogliere o meno la richiesta di accesso. In quest'ultimo caso, però, il rigetto dell'istanza di accesso, esplicitatosi verosimilmente per silenzio diniego con il decorso dei trenta giorni[91], risulta una manifestazione di volontà dell'amministrazione parallela rispetto alla conferma motivata del vincolo trasmessa senza ritardo al COPASIR.

Al fine di evitare una protrazione illimitata del vincolo di secretazione, l'ultimo periodo dell'art. 39, comma 8, prevede la durata massima del segreto di Stato, ossia trent'anni, decorsi i quali il potere di secretazione cessa di sussistere e prevale conseguentemente la conoscibilità: in tal caso, stante il bilanciamento già previsto a monte dal legislatore, decorsi i trent'anni il potere si esaurisce e la desecretazione

[89] F. FRATTINI, *La disciplina del segreto di Stato. Normativa vigente, prassi applicative e profili di criticità*, in *Per Aspera ad Veritatem*, 3 (9), 1997, p. 7.

[90] Cfr. E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., p. 102.

[91] Ai sensi del combinato disposto degli artt. 39, comma 8, l. 124/2007 e 25, comma 4, l. 241/1990. la disposizione in verità non impedisce che il diniego possa essere esplicitato attraverso un provvedimento espresso. In quest'ultimo caso, però, la motivazione risulterebbe omessa o secretata.

ISSN 2036-7821

pare atto vincolato come suggerisce il perentorio «non può» dell'art. 39, comma 8; di conseguenza, le informazioni secretate divengono pubbliche in senso ormai kantiano (per riprendere le categorie del primo paragrafo), salvo quanto si vedrà con riferimento all'art. 39, comma 10, della stessa legge.

In merito al computo dei termini per la desecretazione ci si può porre il problema dei segreti di Stato precedenti al 12.10.2007, data di entrata in vigore della l. 124/2007, per i quali non fosse ricavabile il *dies a quo* per il decorso del termine (si pensi ai casi nei quali non fosse stata compiuta l'apposizione e la registrazione nei canoni successivamente previsti dalla l. 124/2007 e non vi fosse stata occasione di una opposizione e di una conferma processuale).

In tal caso, accertata l'assenza di una disciplina transitoria esplicita[92], le alternative paiono tre: ritenere che il 12.10.2007 sia il termine nel quale tutti i segreti senza *dies a quo* certo debbano essere desecretati (tesi che propende per la trasparenza), oppure considerare il 12.10.2007 come data di inizio del decorso del termine trentennale (tesi che propende per la sicurezza della Repubblica), oppure ancora considerare il 12.10.2007 come data di inizio del decorso del secondo termine di quindici anni (tesi mediana). Nel silenzio della normativa e davanti al dubbio che non siano ancora trascorsi i termini di secretazione, pare più cauto propendere per la tesi che tuteli maggiormente la sicurezza della Repubblica tramite la secretazione, con la conseguenza che il 12.10.2022 per tutti i segreti precedenti all'entrata in vigore della legge 124/2007 è decorso il primo termine di quindici anni e il 12.10.2037 si esaurirà il potere di conservazione del vincolo da parte della Repubblica italiana, indipendentemente dall'eventuale regolarizzazione amministrativa del termine di attivazione del vincolo.

Oltre alla durata massima trentennale del vincolo e alla possibilità di accogliere istanze d'accesso decorsi quindici anni dall'attivazione, l'art. 39, l. 124/2007, prevede, con una rilevantissima norma di chiusura, che il Presidente del Consiglio, indipendentemente dal decorrere del primo e del secondo termine, possa e, anzi, debba disporre la cessazione del vincolo «quando sono venute meno le esigenze che ne determinarono l'apposizione» (art. 39, comma 9). Riguardo a ciò deve precisarsi che il potere del Presidente del Consiglio di rimuovere il segreto di Stato è speculare al potere di attivazione del vincolo (derivante da apposizione e conferma dell'opposizione) e consiste nell'accertare e valutare il venir meno dei presupposti di sicurezza della Repubblica per i quali era stata ritenuta opportuna la secretazione.

Premesso che la questione della natura politica o amministrativa degli atti relativi al segreto di Stato sarà affrontata in seguito, in questo paragrafo si rileva, al fine di ricavare le condizioni davanti alle quali possano venire meno le esigenze di secretazione, che la revoca del segreto possa essere accostata all'istituto della revoca

[92] Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., p. 547.

ISSN 2036-7821

in autotutela dei provvedimenti amministrativi ex art. 21-*quinquies* l. 241/1990: a tal riguardo il venir meno delle esigenze di secretazione può essere determinato da sopravvenuti motivi a favore della conoscibilità, da un mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'atto dispositivo del vincolo e anche da una nuova valutazione dei presupposti di sicurezza della Repubblica con conseguente prevalenza per la conoscibilità[93].

A ben vedere anche la desecretazione per decorso del termine trentennale può essere considerabile come una ipotesi nella quale la nuova valutazione dei presupposti di sicurezza con prevalenza della conoscibilità sia prevista automaticamente dal legislatore, salvo l'accertata assenza di incisione di interessi esteri come prevede l'art. 39, comma 10, del quale si parlerà nel prossimo paragrafo.

Sulle conseguenze dell'accostamento dell'accertamento del termine trentennale ex art. 39, comma 8, l. 124/2007 e della revoca ex art. 39, comma 9, l. 124/2007 alla revoca ex art. 21-*quinquies*, l. 241/1990 in merito all'efficacia dell'atto dispositivo si tornerà successivamente.

Il comma 8 e il comma 9 dell'art. 39, l. 124/2007 definiscono, quindi, un sistema elastico che determina che la durata di ogni segreto di Stato sia rapportata alle effettive esigenze di secretazione[94].

Ci si può chiedere come si rapportino nel loro complesso i termini del vincolo, i poteri dei cittadini e il potere del Presidente del Consiglio di perenne (ri)valutazione del vincolo.

Ebbene, dal combinarsi delle norme analizzate emerge che anche prima del termine di quindici anni la rivalutazione ex art. 39, comma 9, può consentire che nel bilanciamento prevalga la trasparenza. Al contempo, decorsi quindici anni, il legislatore ha condivisibilmente valutato ragionevole che i cittadini abbiano il potere, tramite la richiesta d'accesso, di stimolare Palazzo Chigi a (ri)valutare il vincolo. Infine, decorsi complessivamente trent'anni, il Presidente del Consiglio deve disporre la desecretazione e i cittadini, tramite l'accesso, hanno il potere di sopperire all'inerzia del Governo laddove non avesse ancora provveduto a rimuovere il vincolo di segretezza.

Come si è visto *supra*, per esercitare correttamente i poteri di desecretazione è essenziale che il Presidente del Consiglio abbia piena contezza dei segreti di Stato custoditi dalla Repubblica italiana, del loro oggetto e dei relativi dati amministrativi e di protocollo.

---

[93] Tutte le ipotesi dell'art. 21-*quinquies*, l. 241/1990 sono idonee a fornire elementi per la prevalenza, nel bilanciamento tra segretezza e conoscibilità, di quest'ultima. In merito alle condizioni per la revoca cfr., *ex multis*, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVII ed., Milano, 2015, pp. 557-558; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2010, p. 463.

[94] Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., pp. 544-545.

ISSN 2036-7821

Sul punto emerge l'importanza del ruolo dell'UCSe e dell'Ufficio inventario, istituito al suo interno e presso il quale confluiscono tutti i dati identificativi dei segreti di Stato al fine di effettuarne il monitoraggio costante.
Resta aperto anche in tema di desecretazione il problema del coordinamento tra l'UCSe, incardinato presso il DIS, e le Agenzie di *intelligence*, ma anche tra l'UCSe e le altre pubbliche amministrazioni materialmente custodi di segreti di Stato.
Tale problema non può che essere risolto attraverso un affinamento dell'organizzazione e un potenziamento dei controlli amministrativi da parte del Presidente del Consiglio[95].

4.3. Segreto di Stato e limitazioni alla sovranità della Repubblica italiana.
È possibile che una determinata informazione (o fatto, notizia, luogo etc.) nella disponibilità della Repubblica italiana possa tangere la sicurezza nazionale anche o solamente di altri soggetti del diritto internazionale con il conseguente problema dell'incontro tra le sovranità italiana ed estera[96].
Essendo ben lontani dal raggiungere gli obiettivi definiti da Kant nel progetto per una pace perpetua[97], davanti all'eventualità di un segreto rilevante anche per altri soggetti internazionali possono presentarsi almeno tre situazioni, due delle quali conducono all'applicazione della disciplina ordinaria: infatti, laddove l'informazione dovesse ledere gravemente la sicurezza nazionale italiana e anche quella di uno o più soggetti del diritto internazionale, in tal caso la disciplina risulterebbe quella che si è analizzata fino ad ora poiché il segreto di Stato sarebbe apposto per tutela diretta della sicurezza della Repubblica italiana; analogamente, nel caso nel quale la lesione grave e diretta non riguardasse la sicurezza della Repubblica italiana ma

[95] Al fine di favorire la collaborazione tra DIS e altre amministrazioni nell'ottica della desecretazione, il Presidente del Consiglio Monti, con direttiva del 14 febbraio 2012, aveva disposto che entro il 29 febbraio 2012 fosse effettuata la ricognizione e la trasmissione all'UCSe da parte delle amministrazioni competenti dell'elenco e della documentazione relativa ai segreti di Stato vigenti «corredato della data dei relativi provvedimenti, di una compiuta descrizione dell'oggetto del segreto di Stato». La direttiva, inoltre, richiamava l'attenzione «sulla necessità di valutare e formulare, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine di quindici anni previsto dalla legge, eventuali proposte di proroga da sottoporre, per il tramite dell'Organo nazionale di sicurezza, al Presidente del Consiglio dei Ministri». Il tenore della direttiva sembra quasi ricordare alle amministrazioni destinatarie la procedura indicata dalla l. 124/2007. Da ciò ci si può domandare se, fino a tale momento, per i primi cinque anni di vigenza della l. 124 i Presidenti del Consiglio abbiano avuto effettiva contezza dell'esatto numero dei segreti di Stato; ma al contempo è lecito chiedersi se allo stato attuale si sia conclusa la definitiva e completa archiviazione presso l'UCSe e l'Ufficio Inventario.

[96] Sovranità che, a differenza di quanto avviene in ambito interno, il titolare del potere di secretazione esercita in forma piena. Sul concetto di sovranità piena in ambito esterno cfr., *ex multis*, M. S. GIANNINI, voce *Sovranità (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 230. Sulla problematica dell'incontro trasovranità cfr. C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, vol. II, *Il potere estero fra segreto e politica*, Padova, 1990, *passim*.

[97] Progetto esemplificativamente espresso in I. KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, cit., pp. 175-214.

ISSN 2036-7821

esclusivamente quella di uno o più soggetti del diritto internazionale con i quali l'Italia non avesse stipulato accordi, risulterebbero applicabili le considerazioni già riportate in tema di sicurezza nazionale e diplomazia.
Differente dai casi già citati è, invece, quello nel quale non vi fosse, o cessasse di esserci, una lesione diretta della sicurezza della Repubblica italiana ma vi fosse, o permanesse, una lesione grave e diretta della sicurezza nazionale di uno o più altri soggetti con i quali l'Italia avesse stipulato accordi di alleanza diplomatico-militare: in tal caso la sicurezza della Repubblica italiana, alla luce delle limitazioni di sovranità derivanti dagli accordi di alleanza, potrebbe tendere a coincidere anche con quella dell'alleato o dell'alleanza.
In quest'ultimo caso la secretazione e la desecretazione è effettuata tramite cooperazione con il soggetto o i soggetti con i quali sono stati stipulati accordi internazionali, con la conseguenza che il Presidente del Consiglio è titolare di un potere di disposizione del segreto di Stato più o meno vincolato dai limiti posti nell'accordo internazionale e dall'incontro con la volontà espressa da altri soggetti esteri.
In quest'ottica è importante valutare fino a che punto il potere sia condiviso e se ci sia un nucleo duro che resti nell'esclusiva disponibilità del titolare preposto dall'ordinamento della Repubblica italiana.
Una seria criticità in questo caso è costituita dal fatto che accordi sensibili siano stati o potrebbero essere stati firmati, senza coinvolgimento del Parlamento, in un momento anteriore alle prime garanzie introdotte dalla legge 801/1977 e sotto la vigenza del r.d. 1161/1941, atto normativo emanato dal regime fascista in pieno stato di guerra e sopravvissuto al mutare di regime[98].
Davanti a una materia così delicata, sarebbe opportuno che il titolare del potere di secretazione si assumesse la responsabilità politica quantomeno di rivalutare il contenuto di tali accordi, laddove presentassero irragionevoli limitazioni o condizionamenti al sistema di secretazione e desecretazione della Repubblica italiana.
Peraltro, deve precisarsi che in questa materia ci si potrebbe trovare davanti ad accordi internazionali segreti, i quali, come è noto, sono stati stipulati e continuano ad esserlo aggirando l'art. 80 della Costituzione in quanto approvati come *addendum* di carattere tecnico ad accordi approvati e ratificati secondo la procedura di cui all'art. 80 Cost.[99].

[98] Sul punto si rimanda a U. ROSSI MERIGHI, *Segreto di Stato tra politica e amministrazione*, cit., pp. 47 e ss.
[99] In materia si veda G. MOTZO, *Considerazioni conclusive sui trattati segreti e segreto di Stato*, in P. FOIS (a cura di), *Il Trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico. Atti del Convegno di Studi organizzato dal Dipartimento di Economia, Istituzioni e Società dell'Università di Sassari, Sassari-Alghero, 24-26 marzo 1988*, Padova, 1990, pp. 427 e ss.; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, cit., p. 93.

ISSN 2036-7821

La questione dei rapporti tra segreto di Stato della Repubblica italiana e limitazioni di sovranità, che è stata definita efficacemente «un iceberg di cui è difficile percepire la consistenza e che indubbiamente condiziona la materia in esame»[100], assume particolare rilievo con riguardo al tema della desecretazione e del divieto di secretazione.

Con riferimento alla desecretazione, l'art. 39, comma 10, l. 124/2007, specifica che «quando, in base ad accordi internazionali, la sussistenza del segreto incide anche su interessi di Stati esteri o di organizzazioni internazionali, il provvedimento con cui è disposta la cessazione del vincolo, salvo che ricorrano ragioni di eccezionale gravità, e a condizione di reciprocità, è adottato previa intesa con le autorità estere o internazionali competenti».

Tale disposizione disciplina il frequentissimo caso nel quale non solo il segreto di Stato italiano sia contestualmente appartenente anche ad altri soggetti del diritto internazionale, ma sia anche solamente idoneo «in base ad accordi internazionali» a «incidere» su «interessi» di altri soggetti del diritto internazionale.

Ebbene, una clausola così ampia ben può consentire che la totalità delle cose classificate come segreti di Stato in Italia siano idonee a comportare l'attivazione dell'art. 39, comma 10 in relazione all'ONU; ma, a ben vedere, la (quasi) totalità dei medesimi segreti ben potrebbe comportare l'attivazione di tale clausola in relazione alla NATO e alla UE ma anche agli Stati Uniti d'America, alla Francia, al Regno Unito o a molti altri Paesi vicini all'Italia.

È quindi essenziale capire quale sia il rapporto tra il potere di desecretazione italiano e la volontà degli altri soggetti del diritto internazionale legati al segreto.

Per una prima ricostruzione, la desecretazione previa intesa dovrebbe applicarsi solamente ai casi nei quali non siano ancora trascorsi trent'anni e l'interesse alla secretazione permanga, ossia in sostanza nei casi nei quali residui ancora un potere di valutazione in capo all'autorità italiana. Al contrario se sia decorso il termine di trent'anni l'autorità straniera non potrebbe impedire la desecretazione.

Tale tesi è argomentata sulla base del fatto che il comma 10 pare una speciale ipotesi interna al comma 9, come testimonierebbe anche il riferimento al provvedimento con cui è disposta la cessazione del vincolo[101].

Secondo un'altra impostazione, l'art. 10 introdurrebbe una procedura consensuale per l'accertamento dell'insussistenza del vincolo idonea, peraltro, a vanificare qualsiasi limite temporale. Infatti, il potere dell'autorità italiana di accertare la necessità di rimuovere il vincolo è solo parte di un procedimento più complesso frutto della convergenza della volontà italiana e di quella dell'autorità straniera

[100] Problema rilevato già da P. PISA, *Le premesse «sostanziali» della normativa sul segreto di Stato*, cit., p. 36.
[101] Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., 2008, p. 550.

ISSN 2036-7821

interessata al segreto[102]. Pertanto, anche nel caso nel quale fossero trascorsi trent'anni e l'autorità italiana fosse vincolata a desecretare, l'autorità straniera, non soggetta al limite temporale della Repubblica italiana, laddove accertasse la permanenza dell'interesse, potrebbe opporsi alla desecretazione per un periodo potenzialmente indeterminato.

Nella prima tesi vi è una prevalenza assoluta dell'interesse nazionale italiano anche davanti a una lesione della sicurezza nazionale straniera; nel secondo caso vi è il contrario, con l'aggravante che non è nemmeno previsto un termine entro il quale il soggetto estero possa fornire una risposta sulla sussistenza o meno di un interesse al permanere del segreto.

Al fine di scongiurare sistematici scontri di volontà, il legislatore ha previsto un metodo per pervenire a un bilanciamento in caso di dissenso: infatti, benché l'atto sia adottato previa intesa tra la volontà italiana e quella straniera, l'art. 39, comma 10, prescrive, altresì, che il «provvedimento[…], salvo che ricorrano ragioni di eccezionale gravità, […] è adottato previa intesa con le autorità estere o internazionali competenti».

In tal caso, la soluzione che pare più logica sembra riferire la proposizione eccettuativa «salvo che ricorrano ragioni di eccezionale gravità» proprio alla modalità di adozione del provvedimento tramite intesa.

La previsione, come deroga della deroga, di ipotesi di eccezionale gravita nelle quali l'informazione è desecretata anche senza la volontà del soggetto internazionale diverso dall'Italia pare una valvola di sfogo efficace nel bilanciamento tra le prerogative degli altri soggetti internazionali e il diritto dei cittadini italiani alla trasparenza.

Resta da capire quando ci si trovi nelle condizioni di eccezionale gravità idonee a far prevalere nel bilanciamento l'interesse nazionale della Repubblica italiana alla conoscibilità.

Ad avviso di chi scrive, con il parametro della eccezionale gravità si torna alla regola precedentemente esposta della secretazione per esigenze diplomatiche, con la conseguenza che, in tal caso, il segreto può e deve essere mantenuto anche decorsi trent'anni solamente laddove, in un bilanciamento, la desecretazione, di regola obbligatoria, comporterebbe un pregiudizio alle relazioni internazionali italiane tale da comportare la stessa lesione grave della sicurezza della Repubblica che giustifica l'apposizione, la conferma o la proroga ordinaria del segreto di Stato.

In merito al soggetto titolare del potere di interloquire con i soggetti esteri incisi dal segreto di Stato italiano, risulta ragionevole ritenere che tale compito competa al Presidente del Consiglio con il supporto del DIS, come suggerisce il tenore dell'art. 39, comma 1° e come esplicita l'art. 8, comma 1, del d.P.C.M. 8 aprile 2008.

[102] Cfr. G. SALVI, *Il segreto di Stato. Durata massima di quindici anni*, in *Guida al dir.*, 40, 2007, p. 75.

ISSN 2036-7821

Le citate disposizioni legislative e regolamentari paiono ragionevoli giacché il Presidente del Consiglio, benché di norma non sia più titolare del potere di disporre del vincolo per decorso dei termini, è comunque il soggetto responsabile, anche all'esterno, della politica di sicurezza nazionale anche come integrata dagli accordi internazionali: questa, in altri termini, pare essere l'unica ipotesi nella quale il potere in merito al vincolo permanga in capo al Presidente del Consiglio anche decorsi trent'anni.

Si sottolinea, tuttavia, la necessità di un intervento legislativo che preveda un termine entro il quale l'autorità estera debba rispondere in merito alla sussistenza o meno di un interesse alla secretazione: in caso contrario, infatti, laddove non sussistesse l'eccezionale gravità, l'autorità estera avrebbe un illimitato e irragionevole potere di esprimere un silenzio diniego.

Con riguardo ai casi di divieto di secretazione, la connessione di tali casi con minacce o eversioni all'ordine democratico della Repubblica Italiana costituisce *ex se* una ragione di «eccezionale gravità» idonea a far prevalere l'esigenza di conoscenza rispetto a esigenze di secretazione mosse da altri soggetti del diritto internazionale. Del resto, nel caso in cui la sicurezza nazionale di un Paese straniero sia tutelata dalla secretazione di informazioni concernenti minacce o eversioni all'ordine democratico della Repubblica italiana, è difficile pensare che il Paese richiedente non sia coinvolto esso stesso nelle minacce o nell'eversione.

Tali considerazioni si riverberano nell'applicabilità dell'intesa di cui all'art. 39, comma 10 anche ai casi di cui all'art. 39, comma 11: in questa sede pare preferibile ritenere che, trattandosi di situazioni *ex se* di eccezionale gravità, non occorra alcuna intesa con il soggetto estero, cosicché chiunque (anche la magistratura) possa far valere la prevalenza della trasparenza e stimolare il Presidente del Consiglio a richiedere la conoscibilità delle informazioni al soggetto internazionale detentore.

5. La natura politica o amministrativa dell'attività e la tipologia di valutazione.

L'apposizione, la conferma dell'opposizione, la proroga e la revoca sono attività che richiedono preventivamente una valutazione della sussistenza, del permanere o dell'insussistenza di una lesione grave alla sicurezza della Repubblica e, al contempo, una verifica dell'insussistenza del divieto secretazione. Allo stesso tempo, al caso del decorso dei trent'anni di secretazione consegue l'accertamento del decorso del termine, ma possono verificarsi casi nei quali il segreto di Stato, incidendo interessi di soggetti esteri, richieda l'accertamento di tale circostanza e dell'insussistenza del divieto di secretazione e la valutazione del permanere della lesione grave alla sicurezza: quest'ultima ipotesi comporta, peraltro, la necessità di emanare provvedimenti prodromici al procedimento di intesa con il soggetto internazionale inciso dal segreto.

ISSN 2036-7821

Tutte queste attività, inerenti alla verifica o alla valutazione della sussistenza/insussistenza dei presupposti di secretazione, sono state affidate dalla Consulta, a partire dalla sentenza 86/1977, al Presidente del Consiglio dei Ministri, con sottrazione di ogni valutazione all'autorità giudiziaria non tanto per ragioni sistematiche quanto per ragioni pratiche, perché il regime di pubblicità del processo vanificherebbe le esigenze di segretezza finalizzate alla tutela della sicurezza della Repubblica.

Alla luce di ciò, da un lato il segreto di Stato esiste solamente in presenza del presupposto teleologico del pericolo di una lesione grave alla sicurezza della Repubblica e il Presidente del Consiglio è, quindi, vincolato ad attivare il segreto di Stato senza che abbia margine per valutare se il segreto sia politicamente opportuno[103]: egli, in sostanza «non ha il potere di imprimere il carattere di segretezza ad una notizia, ma solo quello di accertarlo e di dichiararlo e, conseguentemente, non ha neppure il potere di togliere tale carattere alle notizie che continuassero a possederlo»[104]. Tuttavia, dall'altro lato, pur rigidamente condizionato dal fine di tutela della sicurezza della Repubblica, il Presidente mantiene il potere di qualificare la situazione di fatto e di diritto e classificare la minaccia come gravemente lesiva o come afferente o meno al divieto di secretazione[105]. Pertanto, benché il potere di secretazione sussista solo davanti a rigorosi presupposti, il soggetto che valuta o accerta la sussistenza di tali presupposti è, come si è visto, il Presidente del Consiglio, ossia il medesimo soggetto che concretamente gestisce la politica di secretazione, con la conseguenza che esso è controllore dei presupposti del suo stesso potere: deve essere, altresì, ulteriormente sottolineato il fatto che il Presidente del Consiglio mantenga anche il potere di accertare se ci si trovi in ipotesi di divieto di secretazione e decorso del termine trentennale senza incisione di interessi esteri e, dunque, in ipotesi nelle quali egli non avrebbe potere di disporre del segreto[106].

---

[103] Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., in particolare pp. 513 e 549. Quanto detto è ulteriormente testimoniato dalla disciplina della revoca del segreto di cui all'art. 39, comma 9, l. 124/2007 ai sensi del quale «Il Presidente del Consiglio dei ministri, indipendentemente dal decorso dei termini di cui ai commi 7 e 8, dispone la cessazione del vincolo quando sono venute meno le esigenze che ne determinarono l'apposizione». Se vengono meno le esigenze è disposta la desecretazione senza margine di apprezzamento discrezionale sull'*an* in capo all'Autorità preposta al segreto come sembrerebbe suggerire l'art. 39, comma 9, nell'utilizzare l'espressione «dispone» in luogo di «può disporre» (circostanza confermata anche dalla normativa secondaria in quanto anche l'art. 6, comma 4, del d.P.C.M. 8 aprile 2008 utilizza il termine «dispone» in luogo di «può disporre»). Se l'apposizione deve essere eliminata con il venire meno dei presupposti di tutela della sicurezza nazionale, allora anche in sede di apposizione iniziale l'attività del Presidente del Consiglio non è libera nel fine ma è esercitabile solamente in presenza dell'esigenza di tutela.

[104] G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., in particolare p. 549.

[105] Ivi, p. 513.

[106] Si tratta di valutazioni che si muovono all'interno di concetti ampi come sicurezza della Repubblica e lesione grave. Tali valutazioni paiono accostabili, più che a quelle effettuate nel caso di scioglimento dei Consigli regionali per sicurezza nazionale ex art. 126 Cost., a quelle relative allo scioglimento dei Consigli comunali e

ISSN 2036-7821

Sulla base di tali circostanze emerge quanto la disciplina del segreto di Stato fatichi a collocarsi pienamente all'interno dei confini del giuridico[107] ed è, quindi, opportuno interrogarsi sulla natura degli atti dispositivi della sussistenza/insussistenza del segreto al fine di trarre spunti sulla possibile giuridicizzazione del potere invisibile.
Occorre, in primo luogo, valutare la natura politica o amministrativa di tali atti.
Sul punto il quadro definitorio è complesso poiché, per pacifica giurisprudenza costituzionale[108], i provvedimenti che accertano/valutano la sussistenza/insussistenza del segreto di Stato non possono essere conosciuti dalle giurisdizioni, costituendo, anzi, lo schermo dietro il quale possa esercitarsi il potere invisibile, con il limite, ovviamente, del controllo della Corte Costituzionale e della responsabilità politica davanti, innanzitutto, al COPASIR e, in generale, al Parlamento. Ciononostante, tali atti devono rispettare i limiti e i presupposti previsti dall'ordinamento e la normativa in materia rimarca, altresì, la necessità di una motivazione dei provvedimenti relativi al segreto di Stato (ad esempio gli artt. 39, l. 124/2007, e 202 c.p.p.)[109].
Questi elementi hanno contribuito ad alimentare una pluralità di teorie.
Sulla natura giuridica degli atti dispositivi, la Corte Costituzionale, già dalla sentenza 86/1977, ha ritenuto che «il giudizio sui mezzi idonei necessari alla sicurezza dello Stato [abbia] natura squisitamente politica». In tal senso la valutazione sulla segretezza «non può non consistere in una attività ampiamente discrezionale e, più precisamente, di una discrezionalità, che supera l'ambito ed i limiti di una discrezionalità puramente amministrativa, in quanto tocca la salus rei publicae ed è, quindi, intimamente legata all'accertamento di questi interessi ed alla valutazione dei mezzi che ne evitano la compromissione o ne assicurano la salvaguardia»[110].

---

provinciali per infiltrazione mafiosa ex art. 143, d.lgs. 267/2000. Infatti, nel caso dello scioglimento per sicurezza nazionale ex art. 126 Cost. ci si trova davanti a provvedimenti estremi in occasione di concreti elementi di sedizione e rivolta che possono sfociare nei prodromi di uno Stato di guerra. Cfr. P. VIRGA, *La Regione*, Milano, 1949, p. 166, F. CUOCOLO, *Lo scioglimento dei Consigli regionali dopo la riforma del Titolo V*, in *Quad. reg.*, 2003, p. 17; P. GELPI, *Lo scioglimento dell'Assemblea regionale siciliana*, in *Nuova rass.*, 1970, p. 1053. Sullo scioglimento ex art. 126 Cost. si rimanda a M. MANCINI, *Lo scioglimento "sanzionatorio" degli organi regionali*, Milano, 2016, in particolare pp. 155 e ss.; C. PETRILLO, *Aspetti problematici della "nuova" disciplina dello scioglimento sanzionatorio del Consiglio regionale*, in *Consulta online*, 1, 2013, pp. 1 e ss. Sullo scioglimento degli enti locali per associazione mafiosa cfr. G. BOTTINO, *I controlli statali sugli organi degli Enti locali: natura giuridica e presupposti dello scioglimento degli organi elettivi per infiltrazioni e condizionamenti della criminalità organizzata*, in *Foro amm. (TAR)*, 3, 2005, pp. 804e ss.; T. GROPPI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per collegamenti mafiosi*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, pp. 252 e ss.; S. STAIANO, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali nella lotta alla criminalità organizzata tra Corte costituzionale e giudice amministrativo*, in *Le Regioni*, 1993, pp. 1674 e ss.

[107] Cfr. M. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale*, cit., p. 48.

[108] Cfr. Corte Cost. sent. nn. 106/2009, 40/2012 e 24/2014.

[109] La complessità definitoria è riscontrabile, del resto, anche nei già citati casi di scioglimento ex art. 126 Cost. e art. 143, d.lgs. 267/2000. In proposito cfr. Corte Cost. 219/2013 e 103/1993. *Ex multis*, L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, 1, 2014, pp. 56 e ss.; M. MANCINI, *Lo scioglimento "sanzionatorio" degli organi regionali*, cit., in particolare pp. 235 e ss.

[110] Corte Cost., sent. 86/1977.

ISSN 2036-7821

Dall'assunto della Corte, la dottrina maggioritaria fa discendere la natura politica degli atti di disposizione del segreto di Stato[111] anche se tali atti possano formalmente avere i caratteri tipici degli atti amministrativi[112]. E certi autori si spingono anche a ritenere che gli atti dispositivi del segreto siano atti politici, liberi nei fini e pari-ordinati alla legge, con l'unico limite costituito dai fatti eversivi dell'ordine costituzionale e con l'obbligo di rispondere politicamente davanti al Parlamento[113].
Diversamente, altra dottrina, argomentando alla luce del fatto che in precedenza la l. 801/1977 attribuisse il potere di secretazione non solo a organi costituzionali ma anche ad autorità amministrative apicali come i Ministri dell'Interno e della Difesa, ha preferito considerare l'apposizione del segreto di Stato come l'atto amministrativo che individua in concreto la tipologia di segreto[114], oppure ancora come atto amministrativo laddove fosse apposto da autorità amministrative e non dal Presidente del Consiglio in quanto unico organo di rilievo costituzionale[115].
Ebbene, a prescindere da qualsiasi precedente fondatezza di questa seconda tesi, essa non è più sostenibile poiché, con la riforma del 2007, è stato attribuito il potere di apposizione al solo Presidente del Consiglio e non più anche ad autorità amministrative apicali.
In ogni caso, anche allo stato attuale sono riscontrabili condivisibili ricostruzioni teoriche volte a qualificare gli atti dispositivi del segreto di Stato come atti di alta amministrazione[116].
A tal proposito, vi è chi mette in luce l'idoneità degli atti dispositivi del segreto di Stato a incidere su situazioni giuridiche soggettive. Al contempo, però, nonostante la natura amministrativa, si riconosce la particolarità di tali atti in quanto non sono sindacabili dal giudice ma soltanto dalla Corte Costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni[117].
Similmente altri autori, pur ammettendo che la sentenza 86/1977 si riferisca a una discrezionalità così ampia da sfociare in valutazioni squisitamente politiche,

[111] Cfr. V. CAVALLARI, *Dal segreto politico-militare al segreto di Stato*, in *Giust. pen.*, III, 1979, p. 156; A. ANZON DEMMIG, *Interrogativi sui riflessi della nozione di segreto di Stato individuata dalla Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1977, p. 869. In senso conforme si veda anche U. ROSSI MERIGHI, *Segreto di Stato tra politica e amministrazione*, cit., pp. 226 e 244-245.
[112] Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., p. 49; T. F. GIUPPONI, *La riforma del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica*, cit., pp. 114-115.
[113] Cfr. I. F. CARAMAZZA, *Trasparenza e riservatezza. Segreti pubblici in materia di tutela del cittadino nei principi costituzionali e nella legge*, in *Per Aspera ad Veritatem*, 2 (11), 1998, p. 9.
[114] Cfr. M. RODRIGUEZ, *Sicurezza dello Stato e pubblici segreti nella prospettiva dei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 57 e ss.; C. SAMMARTINO, *Intervento*, in AA.VV., *Segreto di Stato e Servizi di Informazione e Sicurezza (commento alla legge 24 ottobre 1977, n. 801)*, Roma, 1978, pp. 203 e ss.; S. LABRIOLA, voce *Segreto di Stato*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 1031.
[115] Cfr. G. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, cit., p. 281; F. MASTROPAOLO, *Nozione e disciplina del segreto di Stato*, cit., pp. 37 e ss.
[116] Cfr. P. BARILE, *Democrazia e segreto*, cit., pp. 40-41.
[117] Cfr. A. M. SANDULLI, *Note minime in tema di segreto di Stato*, in *Per Aspera ad Veritatem*, 2 (2), 1995, p. 3.

ISSN 2036-7821

ritengono che la Corte non si riferisca all'atto politico in senso stretto, in quanto quest'ultimo è tale solo se non incida situazioni giuridiche e, soprattutto, solo se sia libero nel fine[118], caratteristiche entrambe mancanti in caso di atto di attivazione/disattivazione del segreto di Stato. Da ciò si potrebbe ritenere che la sottrazione di tali atti alla giurisdizione sia una semplice eccezione dovuta alla prevalenza della segretezza finalizzata alla sicurezza della Repubblica rispetto alle esigenze di giustizia; ma potrebbe, altresì, destarsi anche un legittimo dubbio sul fatto che tale sottrazione sia assoluta e che possa sussistere la possibilità per il giudice di effettuare un sindacato, benché di legittimità e certamente non nel merito[119].
Ancor più dell'idoneità a incidere su situazioni giuridiche soggettive[120], è il requisito dell'assenza di libertà nella scelta dei fini[121] l'elemento che farebbe apparire preferibili le tesi sulla natura amministrativa degli atti relativi al segreto di Stato. Tale assenza di libertà sarebbe dimostrata, oltre che dalle disposizioni sulla rigida finalizzazione teleologica e sui limiti alla secretazione, dalla giurisprudenza costituzionale[122] e dall'evoluzione legislativa in merito alla progressiva definizione di un obbligo di motivazione degli atti dispositivi del segreto[123]: da ciò si evince, anzi la

[118] Cfr. Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 682; P. STELLA RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, vol. I, Milano, 1983, p. 386; G. B. GARRONE, voce *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 544 ss.; E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1957, p. 202.

[119] Cfr. A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., p. 6.

[120] Del resto, non mancano esempi di atti politici che incidono su situazioni giuridiche soggettive, come nel caso della proclamazione dello stato di guerra e d'assedio. Cfr. P. BARILE, voce *Atto di governo*, in *Enc. dir.*, vol. IV., Milano, 1959, p. 227.

[121] Cfr. A. ROMANO TASSONE, *«Atto politico» e interesse pubblico*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, p. 311; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti «politici» e atti «di alta amministrazione»*, in *Dir. pubbl.*, 2009, pp. 122 e ss.; M. L. MAZZONI HONORATI, *Lezioni di diritto parlamentare*, Torino, 1993, p. 333. G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973, *passim*; G. GROTTANELLI, voce *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, pp. 4 e ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, in particolare pp. 39 e ss. Va tuttavia precisato che anche la mancanza di libertà nei fini non è un discrimine così definitivo nella distinzione tra atto amministrativo e atto politico, allorché i fini siano stabiliti dalla Costituzione o da leggi costituzionali. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 15 e ss.

[122] Per la quale è essenziale che siano indicate «le ragioni essenziali» poste a giustificazione dell'opposizione del segreto di Stato. Cfr. Corte Cost. 86/1977.

[123] Già la l. 801/1977 agli artt. 11, comma 3, e 13 aveva previsto l'obbligo di «indicare con sintetica motivazione le ragioni essenziali» limitatamente ai rapporti con il Parlamento. Le sintetiche motivazioni erano considerate l'ultimo baluardo di controllo effettuato non in ambito giurisdizionale ma in ambito politico da parte del Parlamento. Cfr. F. PIZZETTI, *Principi costituzionali e segreto di Stato*, cit., pp. 108-109. Attualmente il dovere di motivazione emerge da diverse disposizioni normative come, ad esempio, l'art. 202, comma 5, c.p.p. per l'atto di opposizione o l'art. 39, comma 8, l. 124/2007 per la proroga. In proposito si rimanda anche ad A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., p. 6. Rilevante è anche la disposizione di cui all'art. 40, l. 124/2007, ai sensi della quale «il Presidente del Consiglio dei ministri è tenuto a dare comunicazione, indicandone le ragioni essenziali, al Comitato parlamentare di cui all'articolo 30 della presente legge. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, su richiesta del Presidente del Comitato parlamentare, espone, in una seduta segreta appositamente convocata, il quadro informativo idoneo a consentire l'esame nel merito della conferma dell'opposizione del

ISSN 2036-7821

necessità per il Presidente del Consiglio di giustificare le ragioni di interesse pubblico (nella declinazione della sicurezza della Repubblica) poste a fondamento della decisione, circostanza difficilmente compatibile laddove fosse libero nella scelta dei fini.

Chi scrive propende per la qualificazione come amministrativa degli atti relativi al segreto anche in considerazione del fatto che la non impugnabilità davanti al giudice amministrativo (o la non disapplicazione davanti al giudice penale) degli atti dispositivi del segreto di Stato non derivi dall'inidoneità ad incidere su situazioni giuridiche soggettive, in quanto tali atti sono fortemente limitatori dei diritti e degli interessi: la non impugnabilità (o non disapplicazione) deriverebbe, piuttosto, dall'esigenza di evitare che l'informazione sensibile, all'interno di un processo, perda la segretezza e cagioni una lesione grave alla sicurezza della Repubblica.

Ad ogni modo e a prescindere da una distinzione tra politica e alta amministrazione, deve osservarsi che il criterio dell'indirizzo politico e della libertà nella scelta dei fini deve essere letto «alla luce di due ineludibili questioni: la progressiva perdita di sovranità degli ordinamenti statali, e la sempre più evidente affermazione dei diritti fondamentali, che si ripercuote sullo stesso principio di separazione dei poteri, aumentando il numero e il rilievo delle istituzioni di garanzia rispetto alle istituzioni di governo»[124].

Da questo assunto possono derivare due diverse conseguenze in materia di segreto di Stato.

In primo luogo, pur rimarcandosi la centralità della figura del Presidente del Consiglio dei Ministri come unico responsabile del potere di disporre del segreto di Stato, la perdita di sovranità e la dimensione fortemente metanazionale di numerosi segreti di Stato mettono in rilievo come in moltissimi casi l'attivazione del segreto tenda e presentarsi come un atto dovuto effettuato in applicazione di accordi con altri soggetti del diritto internazionale o comunque, sempre nel caso della desecretazione di segreti incidenti anche su altre realtà estere, è opportuno che l'organo preposto al vincolo nella Repubblica italiana cooperi con i competenti organi esteri al fine di valutare il descritto esito condiviso del bilanciamento tra sicurezza e conoscibilità, salvo, ovviamente, che non si tratti di una delle descritte ipotesi di divieto di secretazione.

Da un altro punto di vista e con riferimento a qualsiasi ulteriore atto di valutazione discrezionale/accertamento della sussistenza/insussistenza delle condizioni di secretazione, l'essenziale non pare essere definire l'atto come politico, amministrativo o come un ibrido, quanto, invece, interrogarsi sulla ragionevolezza dell'esercizio di

segreto di Stato. Il Comitato, se ritiene infondata l'opposizione del segreto, ne riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni».

[124] G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 3, 2012, pp. 406-407.

ISSN 2036-7821

un siffatto potere nonché su tutti gli elementi idonei a effettuare una regolamentazione e un controllo, anche solo *ex post*. In altri termini, a prescindere dalla definizione, la necessità comune a ogni classificazione è stabilire regole e parametri per il corretto esercizio e per facilitare i controlli: infatti, anche se si trattasse di atto politico, la speciale normativa in materia pare ancorarlo a limiti e presupposti tali da coincidere con le regole sull'esercizio del potere amministrativo.
Appurato ciò è possibile domandarsi se gli atti relativi al segreto di Stato siano da considerarsi vincolati a un mero accertamento dei presupposti oppure siano discrezionali.
Ebbene, l'attività presidenziale pare consistere sia in valutazioni discrezionali sia in accertamenti.
Con riferimento ad apposizione, conferma e proroga, è effettuato da Palazzo Chigi, con l'ausilio di Piazza Dante, sia l'accertamento dei presupposti di pericolosità di una informazione (ivi compresi eventuali incisioni di interessi di soggetti esteri), sia la valutazione della gravità della lesione in caso di diffusione (anche alla luce di eventuali interessi esteri); invece, nelle ipotesi di decorso del termine dei trent'anni, è effettuato un accertamento del decorso dei termini e di assenza di incisione di interessi relativi ad altri soggetti esteri, laddove solo in caso di incisione di interessi esteri si può ravvisare anche una valutazione sulla gravità ai fini dell'intesa; infine, nelle ipotesi di divieto di secretazione si rileva il solo accertamento della presenza dei presupposti per i quali sussiste il divieto di secretazione.
La distinzione tra attività discrezionale e accertativa è confermata anche dalla prassi delle direttive dei Presidenti del Consiglio, laddove, nel rilevare il decorso del termine trentennale o la presenza di casi di divieto di secretazione in materia di stragi ed eversione, si utilizza l'espressione «preso atto» e non «valutato»[125].
Da ciò si può evincere che l'esercizio dei poteri sul segreto di Stato comporti, in via generale, la commistione di attività accertativa e discrezionale ed essenzialmente solo nel caso di decorso del termine trentennale senza incisione di interessi esteri e di divieto di secretazione l'attività si può profilare come mero accertamento.
In merito all'esercizio dell'attività discrezionale, in questo settore emerge sommamente quanto la potestà dell'autorità preposta alla tutela del segreto sia in grado di superare anche i limiti posti da interessi costituzionalmente protetti di elevato rilievo; tuttavia, l'esercizio della discrezionalità da parte del decisore non è il mero presupposto davanti al quale i diritti si affievoliscono, per usare una

[125] Cfr. sul punto la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 aprile 2014 (c.d. direttiva Renzi) sugli atti concernenti gli eventi di Piazza Fontana a Milano (1969), di Gioia Tauro (1970), di Peteano (1972), della Questura di Milano (1973), di Piazza della Loggia a Brescia (1974), dell'Italicus (1974), di Ustica (1980), della stazione di Bologna (1980), del Rapido 904 (1984) e la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 2 agosto 2021 (c.d. direttiva Draghi) sulla documentazione relativa all'organizzazione Gladio e alla Loggia Massonica P2.

ISSN 2036-7821

terminologia ben nota al diritto amministrativo classico[126], quanto, invece, è lo strumento dal quale si deve evincere se, come e perché debba avvenire il sacrificio[127]: la valutazione, in tal senso, come ha precisato la Consulta, deve essere effettuata attraverso un «ragionevole rapporto di mezzo al fine» parametrato «ad ogni singolo caso concreto»[128]. Inoltre, dato che la ragionevolezza della valutazione, a prescindere dalla natura politica o amministrativa, non è oggetto di sindacato del giudice[129], essa a maggior ragione non deve essere semplicemente valutata dal COPASIR ma deve essere sindacabile dal punto di vista della legittimità dalla Corte Costituzionale[130].
In ogni caso, data la cauta giurisprudenza costituzionale sul tema[131], l'unica possibilità di controllo della ragionevolezza è una ricostruzione dei presupposti a fondamento della valutazione discrezionale e/o dell'accertamento, con la conseguenza che tali presupposti non siano espressi da Palazzo Chigi come mera autocertificazione poiché, in quel caso, sarebbe vanificato ogni possibile controllo da parte della Corte[132]: si evince, quindi, la necessità di individuare parametri per far emergere la ragionevolezza e perimetrare maggiormente l'ambito di discrezionalità del Presidente del Consiglio, al fine di scongiurarne l'arbitrio[133].
Se considerazioni analoghe possono essere effettuate anche con riferimento alle ipotesi di mero accertamento, si rimarca ancor di più quanto sia importante un reale sindacato, almeno della Consulta, sulla qualificazione dei fatti effettuata dal Presidente dal Consiglio (o dai Presidenti del Consiglio) in merito a vicende di mafia, terrorismo e in generale di minaccia/eversione ai danni della Repubblica italiana.

6. Requisiti formali ed efficacia degli atti.

Nell'ottica di un sindacato, quantomeno della Corte Costituzionale, sugli atti relativi al segreto di Stato, assume notevole rilievo la questione circa gli elementi essenziali e i requisiti formali di tali atti, giacché maggiore è il grado di giuridicizzazione di tali atti, maggiore è la possibilità di un controllo.
In merito agli elementi essenziali e ai requisiti, la normativa in materia fornisce alcune significative indicazioni.

---

[126] Il rinvio è d'obbligo a O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, pp. 64-77.

[127] Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 346.

[128] Corte Cost., sent. 86/1977. Del resto, è pacifico che la decisione sul segreto debba essere razionale in quanto esercizio di pubblici poteri secondo l'insegnamento di Weber. Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., p. 289; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pp. 64 e ss.; E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., pp. 54-55.

[129] Cfr. L. SFORZA, *Sicurezza nazionale, segreto e giurisdizione*, in *Per Aspera ad Veritatem*, 1 (28), 2004, p. 3.

[130] Cfr. P. BARILE, *Democrazia e segreto*, cit., pp. 40-41.

[131] Come dimostra per tutti il citato caso Abu Omar.

[132] Cfr. T. F. GIUPPONI, *La Corte e il segreto: Abu Omar, ultimo atto*, in *Quad. cost.*, 2/2014, p. 389; V. PUPO, *Prime note sul segreto di Stato*, cit., pp. 177-178.

[133] C. MOSCA, *Segreto – Trasparenza*, cit., p. 151.

ISSN 2036-7821

Nello specifico, l'art. 39, comma 4, l. 124/2007 prevede che il vincolo sia «apposto e, ove possibile, annotato, […] sugli atti, documenti o cose che ne sono oggetto, anche se acquisiti all'estero». L'annotazione consiste nella «apposizione della dicitura, ben visibile: «SEGRETO DI STATO - Provv. N. ... del ...», completa del numero di protocollo e della data del relativo provvedimento, lasciando invariata e leggibile la classifica di segretezza eventualmente esistente» (art. 76, comma 1, d.P.C.M. 6 novembre 2015 n. 5)[134].

L'annotazione e gli adempimenti ad essa conseguenti comportano, dunque, la classificazione degli atti relativi al segreto di Stato tra i provvedimenti a forma scritta, con conseguente presenza di data, firma e numero di protocollo al fine di consentirne la corretta archiviazione e di stabilire il *dies a quo* del decorso dei termini di desecretazione.

Ad ogni modo, la portata dell'art. 39, comma 4, non è tale da ritenere inequivocabilmente estensibile in via analogica l'annotazione a ogni segreto di Stato e resta aperto il dibattito sulla forma degli atti relativi alla secretazione.

Per una prima e risalente teoria tali provvedimenti rientrerebbero tra i provvedimenti non formali per i quali la forma è stabilità non già dalla legge ma dall'autorità che emana l'atto[135]; pertanto, in assenza di modalità definite per specifiche tipologie, la forma sarebbe suggerita dalla prassi ma anche dalle caratteristiche della cosa da secretare: nello specifico, laddove la cosa fosse un documento, il provvedimento potrebbe consistere in un timbro; laddove la cosa fosse un luogo, il provvedimento potrebbe essere un documento; laddove la cosa fosse un fatto non (ancora) trasferito in un documento, il segreto ben potrebbe essere anche apposto in forma orale[136].

Tale tesi non pare condivisibile perché conferisce un potere eccessivo all'autorità titolare del potere di secretare e compromette la possibilità di effettuare controlli sul corretto esercizio del potere.

Secondo un'altra ricostruzione l'obbligatorietà della forma scritta sarebbe pur sempre discutibile ma, rispetto alla piena libertà in capo al titolare del potere, sarebbero elementi essenziali perlomeno il riferimento al soggetto che appone il vincolo e la data di apposizione[137].

La teoria in esame, pur non condividendo la libertà assoluta del titolare, non pare sufficientemente conforme né alle indicazioni della Consulta in merito alla

[134] Specularmente «quando viene a cessare il vincolo derivante dal segreto di Stato la dicitura di cui al comma 1 è barrata con un tratto di colore rosso e, nel medesimo colore rosso, è apportata l'annotazione degli estremi del relativo provvedimento. Quest'ultimo è conservato, in originale o copia conforme, agli atti dell'amministrazione procedente» (art. 76, comma 2, d.P.C.M. 6 novembre 2015 n. 5).

[135] Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 515; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, IV ed., Milano, 1972, p. 169.

[136] Cfr. G. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, cit., pp. 275-276.

[137] Cfr. S. LABRIOLA, voce *Segreto di Stato*, cit., p. 1031.

ISSN 2036-7821

motivazione del provvedimento e nemmeno all'evoluzione legislativa che risulta aver progressivamente definito un obbligo di motivazione.
Una terza teoria, condivisa da chi scrive, si basa sul fatto che gli elementi essenziali siano preordinati al controllo del potere, effettuato dalla Corte Costituzionale e dal COPASIR; pertanto, per tale tesi è essenziale che gli atti relativi al segreto abbiano forma scritta, firma autografa, data e motivazione dell'esito della valutazione discrezionale e/o dell'accertamento ed è, altresì, consigliabile l'inserimento in una serie protocollare al fine di contestualizzare l'atto[138]: in sostanza, quindi, secondo questa teoria, gli adempimenti dell'annotazione, sono estensibili a qualsiasi atto relativo al segreto, anche non di apposizione.

Tra gli elementi essenziali dei provvedimenti relativi al segreto di Stato assume un ruolo essenziale la motivazione al fine di garantire, non già la partecipazione democratica in senso stretto, quanto un adeguato controllo dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto a fondamento della decisione[139]. In ogni caso, stante la necessità di un elemento motivazionale, continua a non essere chiaro l'esatto contenuto della motivazione: ad esempio, con riferimento alla motivazione per l'esame nel merito del COPASIR ex art. 40, l. 124/2007 (ma ciò può valere anche per le altre motivazioni), non appare cristallino cosa si debba intendere per «quadro informativo» da fornire e «idoneità» della misura[140].

Oltre alla definizione degli elementi essenziali degli atti relativi al segreto di Stato, ci si può porre il problema della qualificazione giuridica degli effetti di tali atti e, in particolare, se l'atto che attivi il segreto di Stato abbia l'effetto di costituire il segreto o di dichiararne l'esistenza e se l'atto che disattivi il segreto abbia l'effetto di costituire la desecretazione o di dichiararla.
Ragionando sull'efficacia costitutiva, l'informazione acquisirebbe rilevanza solamente in seguito agli atti con i quali si effettui il bilanciamento e/o l'accertamento e si disponga o proroghi l'eventuale secretazione, cosicché il pregiudizio alla sicurezza nazionale scaturirebbe solo in quel momento.
Sostenendo la natura dichiarativa, si potrebbe rilevare che il pregiudizio alla sicurezza nazionale sia precedente all'attivazione/proroga del segreto, magari perché l'informazione lesiva della sicurezza nazionale, o l'informazione sulla lesività, non sia ancora giunta all'autorità competente all'apposizione del segreto: in questo modo

[138] Cfr. A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato*, cit., p. 7; G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., p. 529. In merito alla firma dell'atto, si dubita che possano esserci i presupposti perché il regolamento sulla firma digitale dei documenti classificati (d.P.C.M. 6 novembre 2015, n. 4) possa essere applicabile anche ai provvedimenti relativi al segreto di Stato.
[139] Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., 2008, p. 529; S. LABRIOLA, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, cit., pp. 193 e ss.
[140] Sul punto cfr. M. CATRICALÀ, *Novità sul segreto di Stato*, in *giustamm.it*, 9, 2012, p. 6.

ISSN 2036-7821

con la secretazione si prende atto del pregiudizio, si rileva che esso prevalga su altri beni giuridici e si dispongono le opportune misure di tutela.
Il fatto che il segreto esista anche prima della sua attivazione risulta essere confermato dall'art. 39, comma 7, l. 124/2007, alla luce del quale il *dies a quo* dei quindici anni di durata del segreto decorre non solo dall'apposizione ma anche dalla opposizione/conferma processuale ex art. 202 c.p.p. di un segreto che già esisteva benché non ancora apposto.
La migliore dottrina accoglie la teoria mista dichiarativa-costitutiva secondo la quale l'attivazione/proroga risulta dichiarativa, ma con essa viene costituito l'obbligo di custodire o non pregiudicare il segreto oltre che il potere di escludere dalla conoscenza del segreto chiunque non sia autorizzato[141].
Sposando la tesi dell'efficacia dichiarativa dell'apposizione, la lesività appare essere *in re ipsa* nell'informazione da secretare. Tuttavia, sulla base di ciò, ci si può domandare se i soggetti che trattino l'informazione da secretare debbano mantenere un contegno speciale anche prima che l'apposizione del segreto di Stato faccia sorgere l'obbligo di rispettare il segreto.
Ebbene, in questo caso, dal momento che l'art. 1, comma 1, lett. b, l. 124/2007 non pare una norma d'azione ma bensì di relazione, l'unico soggetto dotato del potere di disporre del segreto di Stato è il Presidente del Consiglio, tuttavia, il regime di tutela del segreto di Stato, come si è visto, è quello previsto per la classifica di segretezza SEGRETISSIMO ove applicabile.
Sulla base di ciò, se il soggetto che per primo venga a conoscenza dell'informazione sia già abilitato a conoscere gli atti coperti da SEGRETISSIMO è sufficiente che egli comunichi l'informazione ai suoi superiori e mantenga il medesimo contegno previsto per tale classifica. Diversamente se il soggetto non fosse abilitato per SEGRETISSIMO o non fosse nemmeno un pubblico dipendente, parrebbe doversi applicare l'istituto del funzionario di fatto, in quanto il soggetto che tratti l'informazione ritenuta da secretare, pur non essendo dotato del potere dispositivo, si comporta provvisoriamente come se lo fosse per garantire continuità al servizio di tutela della sicurezza della Repubblica tramite la segretezza[142]: così, come situazione di eccezione nell'eccezione, se il soggetto che acquisisca un'informazione sia diverso dal Presidente del Consiglio e valuti, con la diligenza tipica della propria attività, che l'informazione acquisita sia suscettibile di arrecare una lesione grave alla sicurezza

[141] Cfr. G. SCANDONE, *Il segreto di Stato nella legge di riforma*, cit., 2008, pp. 510-512 e 518; V. CAIANIELLO, *Segreto e democrazia*, in *Per Aspera ad Veritatem*, 1 (4), 1996, pp.1 e ss.; S. LABRIOLA, voce *Segreto di Stato*, cit., p. 1032; Cfr. G. PAOLOZZI, *La tutela processuale del segreto di Stato*, cit., p. 280; F. MASTROPAOLO, *Nozione e disciplina del segreto di Stato*, cit., pp. 35-42.

[142] Su tale istituto cfr., *ex multis*, R. LUCIFREDI, *Note per una analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, in M. A. LUCIFREDI PETROLONGO, R. LUCIFREDI (a cura di), *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, vol. II, Milano, 1965, p. 120; M. DE PALMA, *Sulla teoria del funzionario di fatto*, in *Urb. e app.*, 4, 2000, p. 429; B. CAVALLO, *Il funzionario di fatto*, Milano, 2005, *passim*.

ISSN 2036-7821

della Repubblica, egli ha il duplice obbligo di comunicarla (esclusivamente) ai superiori gerarchici, oppure ai suoi dirigenti, oppure ancora ai referenti del DIS in caso di soggetti privati fino a giungere all'autorità competente all'apposizione del segreto e, contemporaneamente, di comportarsi come se già sussistesse l'obbligo di segreto e custodia.
Se quanto si è visto è valido per l'efficacia nel caso dell'attivazione del segreto, la situazione cambia nel caso della disattivazione per accertato decorso dei termini senza incisione di interessi esteri ex art. 39, comma 8, e della revoca ex art. 39, comma 9: nel primo caso si ritiene che l'efficacia sia dichiarativa in quanto la conoscibilità opererebbe con il decorrere dei trent'anni, ossia nel momento nel quale il legislatore ha previsto la prevalenza della conoscibilità nel bilanciamento con la segretezza; diversamente, la revoca ex art. 39, comma 9, si profila analoga alla revoca ex art. 21-*quinquies*, l. 241/1990 in quanto, trattandosi essenzialmente di un riesame nel merito da effettuarsi sulla base di circostanze diverse da quelle poste a fondamento del vincolo, risulta avere efficacia costitutiva ed *ex nunc*[143].

7. Per una visione unitaria del «trasparente sistema di segretezza»
Il segreto di Stato è un tema che, dapprima con la l. 801/1977 e soprattutto con la l. 124/2007, ha compiuto passi molto importanti verso una compiuta giuridicizzazione. Il percorso, tuttavia, è ancora lungo e, come si è avuto modo di osservare, permangono segmenti di potere invisibile che ancora potrebbero e dovrebbero essere ricondotti nell'orbita del giuridico.
Sicuramente non può costituire ostacolo alla giuridicizzazione la considerazione che il potere invisibile coperto dal segreto di Stato sia un potere necessario ed eccezionale che regola lo stato di necessità e che quindi giustifichi la sospensione dello Stato di diritto. Basti, infatti, rilevare sul punto che, se il motto del diritto di necessità è *necessitas non habet legem*, «epperò non vi può essere nessuna necessità che possa rendere legittimo ciò che è ingiusto»[144]; e, ancora, deve considerarsi che una scorretta definizione dei presupposti e dei limiti del potere e delle modalità di controllo dello stesso, può creare le condizioni perché, con una eventuale «immunità compiacente della maggioranza politica, in contrasto con i principi dell'ordinamento dello Stato costituzionale», il Presidente del Consiglio possa conservare «schegge di sovranità»[145] sul potere invisibile.

---

[143] Sul punto cfr., *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., pp. 463-465; E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. 15/2005*, in *Foro amm. (TAR)*, 2006, pp. 1547 e ss.; M. IMMORDINO, *Art. 21-quinquies – La revoca del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, pp. 485-528.
[144] I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, trad. it. a cura di Giovanni Vidari, *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, 1983, p. 41.
[145] Cfr. A. PACE, *Schegge di sovranità*, in *Giur. Cost.*, 2, 2022, pp. 1125-1126.

ISSN 2036-7821

Ebbene, se il potere invisibile per ragioni di necessità è nascosto alla conoscibilità, ciò non vuol dire che debba essere celato anche all'applicabilità delle regole previste dal diritto pubblico; anzi, è pienamente condivisibile l'auspicio della dottrina per la quale, anche davanti a situazioni emergenziali, la migliore risposta sia sempre nel senso di far prevalere le regole giuridiche poste a fondamento della trasparenza[146].
A tal riguardo, nell'analisi si è cercato di offrire una lettura unitaria del potere di secretazione/desecretazione finalizzata a meglio definire presupposti, limiti, organizzazione amministrativa e modalità di azione.
Dal punto di vista della titolarità/responsabilità è sicuramente una scelta razionale che il potere sia attribuito in via esclusiva a Palazzo Chigi affinché si evitino zone grigie in plessi dell'amministrazione e si effettui una archiviazione secondo direttive unitarie. Al contempo, se è essenziale che il Presidente del Consiglio, nell'esercizio del potere attribuitogli, abbia piena potestà regolamentare sulla materia, si rimarca l'importanza che il potere regolamentare non esca dai confini posti dalla legge a tutela del segreto di Stato o, di converso, non sia supplente di eventuali lacune normative: se così fosse, infatti, il Presidente si troverebbe ad essere colui che esercita il potere concreto e anche colui che ne determina i confini astratti.
In considerazione di ciò, la definizione dei presupposti teleologici di sicurezza della Repubblica e le coordinate per un bilanciamento con altri beni giuridici devono essere meglio precisati all'insegna della massima oggettivizzazione possibile.
Ovviamente, come si è visto, non può essere un regolamento governativo, nello specifico il d.P.C.M. 8 aprile 2008, a precisare i contorni del potere di secretazione e ancor peggio ad aumentare l'elenco dei presupposti idonei a giustificare la secretazione come illegittimamente è effettuato dal d.P.C.M. appena citato.
Con riferimento al sistema di limiti all'esercizio del potere, pare un giusto contemperamento di interessi la presenza di due termini di quindici anni alla conclusione dei quali il potere di secretazione cessa salvo eccezioni. Al contempo pare inevitabile la limitazione del potere di secretazione e desecretazione laddove vi fosse incisione di interessi di soggetti esteri, pur con la presenza del descritto meccanismo di intesa tramite bilanciamento di interessi italiani e stranieri al quale sarebbe opportuno aggiungere un termine entro il quale il soggetto estero debba fornire una risposta. Tuttavia, a prescindere da limitazioni di sovranità e dal groviglio tra potere invisibile italiano e poteri invisibili esteri, è essenziale che la Repubblica italiana mantenga, come norma di chiusura, la piena sovranità sul potere nei casi di eccezionale gravità e, a tal riguardo, occorre che siano meglio precisati i presupposti perché sia individuabile una simile ipotesi.
Sempre in merito ai limiti all'esercizio del potere, direttamente attuativi del nucleo duro della Costituzione risultano essere gli espliciti divieti di secretazione,

[146] Cfr. E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, in *astrid-online.it*, 26 aprile 2020, pp. 1-6.

ISSN 2036-7821

primariamente nei casi di minaccia ed eversione: tali divieti sono insuperabili anche laddove fosse inciso un interesse estero.
Ovviamente, sul rispetto dei presupposti e dei limiti, soprattutto quelli connessi ai divieti di secretazione, è essenziale che non siano i soli Presidenti del Consiglio ad autocertificare la legittimità della propria attività, ma che tale attività sia esaminata nel merito dal Parlamento e, ove possibile, anche dalla Corte Costituzionale superando la troppo cauta giurisprudenza in materia[147].
Al fine di rendere maggiormente adeguati e pregnanti i controlli politici e di legittimità, si palesa, quindi, l'utilità di adottare una concezione unitaria del potere connesso al segreto di Stato, anche al fine di contribuire alla costruzione di una teoria generale del potere invisibile e dei relativi provvedimenti[148] ma anche in modo da contribuire alla costruzione di un «trasparente sistema di segretezza»[149].
Una maggiore giuridicizzazione è funzionale anche a promuovere la cultura della sicurezza[150], elemento essenziale in una democrazia: in quest'ottica emerge come, se opportunamente giuridicizzata, la segretezza finalizzata alla sicurezza della Repubblica non sia opposta ma complementare alla trasparenza, alla conoscenza e, quindi, alla desecretazione, in quanto, in una democrazia matura, segretezza e trasparenza, solo in apparente contraddizione, costituiscono entrambi aspetti del governo pubblico in pubblico da parte dei cittadini.

---

[147] Nonostante la giurisprudenza sul caso Abu Omar ma anche la sentenza 40/2012, la possibilità di un esame nel merito sembra essere suggerito dal tenore dell'art. 202, comma 8, c.p.p.: «In nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte costituzionale. La Corte adotta le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento». Dal controllo deriva anche una maggiore responsabilità nella gestione dell'esercizio del potere di secretazione e una maggiore possibilità di individuare i casi nei quali il potere fosse usato in maniera illegittima. C. MOSCA, *Segreto – Trasparenza*, cit., p. 151.

[148] Sulla necessità di valorizzare la disciplina in esame e il sistema dei controlli al fine di rendere «difficilmente eludibile il rispetto delle regole poste a presidio della correttezza e della liceità dei comportamenti degli appartenenti alle Agenzie d'intelligence, dei direttori delle stesse e delle autorità preposte alla guida amministrativa e politica del relativo sistema» cfr. C. MOSCA, *Segreto – Trasparenza*, cit., pp. 151-152. Benché si ritiene che allo stato attuale il problema continui a consistere nella scarsità di efficaci controlli, deve comunque essere precisato che, una maggiore giuridicizzazione è funzionale anche al buon esercizio del potere invisibile giacché evita anche che lo stesso controllo al potere «superi la soglia della ragionevolezza, oltre la quale la supervisione dei controllori o dei sorveglianti dei controllori potrebbe essere d'intralcio al raggiungimento della missione affidata alle Agenzie d'intelligence e all'intero Sistema d'informazione per la sicurezza della Repubblica, potendo financo costituire una minaccia ai diritti dei cittadini, quale parimenti si profilerebbe in assenza di controlli adeguati, con l'intero sistema dell'intelligence esposto a condizionamenti o a pratiche illegali in grado d'inficiare, con effetti destabilizzanti, l'ordinamento costituzionale». C. MOSCA, *Segreto – Trasparenza*, cit., pp. 151-152.

[149] E. CARLONI, *L'amministrazione aperta*, cit., p. 98.

[150] Della quale è istituzionalmente promotore il DIS ai sensi dell'art. 4, comma 3, lett. m, l. 124/2007. Su tale attività cfr. A. SOI, *L'intelligence italiana a sette anni dalla riforma*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 settembre 2014, p. 5.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I decreti salva-banche: dal diritto delle risoluzioni bancarie al diritto globale dell'emergenza.

di Pierre de Gioa Carabellese

Professor (full) of Law in England since 2017 (Advance HE, York, UK and Huddersfield University), Professor (full) of Business Law and Regulation (ECU, Australia, since 2020) & Professor (full) of Banking Law (Beijing Institute of Technology, Hong Kong Area).

Camilla Della Giustina

Dottoranda di ricerca, Università degli Studi della Campania, Luigi Vanvitelli.

Sommario

1. Il quadro normativo di riferimento; 2. Il *trait-d'union* tra meccanismi di risoluzione e diritto costituzionale; 3. La risoluzone della Cassa di Risparmio di Ferrara; 4. La risoluzione bancaria e il diritto sovranazionale/internazionale; 4.1. La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Edu; 4.2. Il *decisum ante litteram* di *bail-in*; 5. La risoluzione bancaria approda alla Corte costituzionale italiana; 6. Le "banche venete" tra Costituzione e giurisprudenza costituzionale.

Abstract

Within the Italian legal system, the decree-law (or "decreti legge") were used as the most important legal instrument that the Italian Government relied upon to govern the regulation of bank insolvencies. Yet, the most recent legislative framework on this matter, i.e., the bank resolution, is based, consistently with the EU broader framework, on two legislative-decrees, more precisely, legislative-decree no. 180 and 181 of 2015. However, while the latter pieces of "statute" were supposed to work for the entire spectrum of banking crises, as general principles, the decree-law, from a more empirical perspective, has been used quite frequently, and not without some reasonable doubts of a constitutional matter. In this respect, Scholars unceremoniously highlighted both flaws and numerous critical aspects of the legal provisions encompassed with the number of decree-laws passed on this area. More specifically, the reference goes to decree-law no. 99 of 2017, better known as Venetian banks decree-law. From a more theoretical perspective, the underlying issue of this paper is concerned with an analysis of the bank resolution from both a financial legal perspective and an interdisciplinary one. To elaborate, while the bank resolution is only prima facie a commercial or a company matter, from a more holistic perspective, it requires a constitutional law analysis too. Consequently, to strike a balance between depositors' protection on one hand, and financial and economic stability on the other hand, is somehow reminiscent of a public law task. Finally, the research stretches to a philosophical analysis of the management of bank crises, in order to test ontologically the legal nature of these sui generis tools, frequently perceived as mysterious and opaque in both their origins and their empirical dimension.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Il quadro normativo di riferimento

La composizione delle crisi bancarie ha trovato quale proprio strumento normativo, a livello nazionale, il decreto-legge[1]. Da una prospettiva europea, il riferimento è necessariamente alla Direttiva 2014/59/UE, adottata dal Parlamento e dal Consiglio europeo, contenente le indicazioni per istituire un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento nonché modifiche ad altre direttive e regolamenti comunitari concernenti l'aspetto bancario[2].

La Direttiva in questione, ossia la 2014/59, è stata emanata al fine di recepire i principi elaborati circa la risoluzione delle crisi bancarie dal *Financial Stability Board*[3] durante il mese di ottobre 2011t, alla luce di quanto concordato con i Capi di Stato e di Governo nel G 20 di Cannes[4].

L'adozione di nuove disposizioni e le modifiche ai precedenti precetti comunitari in ambito bancario è stata avvertita come necessaria dalla stessa Unione Europea a seguito della crisi economico-finanziaria iniziata nel 2017 negli Stati Uniti d'America[5]. Questa crisi ha evidenziato la carenza degli strumenti dell'Unione Europea[6] «per gestire con efficacia gli enti creditizi e le imprese di investimento in

---

* Sebbene il lavoro sia il frutto di una analisi congiunta, i par. 3, 4 e 6 sono da attribuire alla Dottoressa C. Della Giustina, mentre i par. 1, 2 e 5 sono da attribuirsi al Professore P. de Gioia Carabellese.

[1] Basti pensare al decreto-legge n. 183/2015 adottato al fine di agevolare la tempestiva ed efficace implementazione delle procedure di risoluzione di Cassa di Risparmio di Ferrara spa, Banca delle Marche spa, Banca popolare dell'Etruria e del Lazio – Società cooperativa e Cassa di risparmio della Provincia di Chieti spa, al decreto-legge n. 237/2016 con il quale si è cercato di fronteggiare la crisi bancaria di Monte dei Paschi di Siena ed infine al decreto-legge n. 99/2017 attraverso il quale si è gestito il dissesto finanziario di due banche venete ossia Veneto Banca e Banca popolare di Vicenza.

[2] R. IBRIDO, *L'unione bancaria europea: Profili costituzionali*, Torino, 2017, pp. 116-121.

[3] F*inancial Stability Board (FSB) Key Attributes for Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (FSB KAs)*. Il *Financial Stability Board* (FSB) è un organismo internazionale fondato nell'aprile del 2009 avente l'obiettivo di promuovere la stabilità finanziaria in ambito più ristretto rispetto a quello del suo predecessore ossia del *Financial Stability Forum* (FSF) organismo che venne fondato su iniziativa del G7 tenutosi a Bonn nel febbraio del 1999. L. CASINI, F.G. ALBISINNI, E. CAVALIERI, *Le istituzioni della globalizzazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, pp. 425-435.

[4] Il G20 venne istituito a Washington in data 25.9.1999 su iniziativa dei Ministri delle Finanza del G7 al fine di fronteggiare le sfide poste dalla crisi finanziaria e valutaria iniziativa in Asia nel 1997. Il G20 è composto da: Ministri delle Finanza e dai Governatori delle Banche centrali dei 19 Stati; ad esso partecipano anche il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale, le Nazioni Unite, l'OIL e l'OCSE.

[5] La dottrina ha sostenuto come, in realtà, la crisi dell'economia americana «va fatta risalire proprio agli inizi degli anni '80, quando la rivoluzione neoclassica e monetarista venne a compimento». R. PANNUNZI, *La crisi finanziaria internazionale e il fraintendimento del pensiero economico classico*, in *La Comunità Internazionale*, 2009, p. 525.

[6] Gli obiettivi primari imposti dall'Unione Europea hanno condizionato in maniera incisiva le misure da adottare per sconfiggere la crisi finanziaria. Tuttavia, nella relazione conclusiva della Commissione d'Inchiesta non si rinvengono dette misure e nemmeno le risposte dell'Unione alla crisi che da subito sono state ritenute come deboli, parziali e inadeguate. I vincoli contenuti nel Trattato di Maastricht e nel Patto di stabilità e crescita hanno sostanzialmente amplificato l'evoluzione della crisi nel territorio dell'Unione Europea in quanto è stato impedito agli Stati di intervenire sulle distorsioni del mercato, è stato loro imposto di rinunciare alla politica obbligando gli stessi a recepire il vincolo del pareggio di bilancio oltre alla istituzione dell'Unione bancaria europea. C. DE FIORES, *L'Europa al bivio. Diritti e questione democratica nell'Unione al tempo della crisi*, Roma, 2012,

ISSN 2036-7821

crisi o in dissesto», ritenuti come essenziali «per prevenire stati di insolvenza o, in caso di insolvenza, per ridurre al minimo le ripercussioni negative preservando le funzioni dell'ente interessato[7]».

La crisi finanziaria esplosa nel 2017 nel continente americano, successicamente "importata" nel 2018 nel contesto europeo[8] ha costretto l'Unione Europea a varare delle misure che imponessero ai singoli Stati di gestire le situazioni di dissesto di singole banche o di intermediari finanziari[9] ma anche di garantire la stabilità dei mercati finanziari[10].

Le misure adottate a seguito della crisi finanziaria del 2017 risultano essere il corollario della considerazione secondo cui per garantire una libera circolazione dei capitali in un sistema caratterizzato dall'esistenza della moneta unica, ossia l'euro, è necessario assicurare la stabilità delle finanze pubbliche e dei sistemi finanziari oltre alla competitività delle economie nazionali[11]. In questa prospettiva, emerge come sia necessario provvedere a varare una normativa armonizzata in materia di gestione delle crisi bancarie poiché quest'ultima deve essere «correlata all'esigenza di stabilità del settore e, dunque al ripristino della fiducia degli investitori nel mercato[12]».

---

p. 148. F. SALOMONI, *L'inchiesta parlamentare sulle banche: tanto tuonò che poi non piovve…*in *RivistaAIC*, n. 3/2018, pp. 2-29. Nella relazione finale della Commissione si legge che «l'effetto immediato della crisi finanziaria internazionale» nel momento in cui la stessa ha colpito anche l'Europa è stato quello di «rendere difficile per le banche finanziarsi sui mercati» e che «una prima risposta generalizzata delle banche di tutti i Paesi, anche di quelle italiane è stata di stringere i rubinetti del credito e ridurre l'attivo». Relazione conclusiva, Commissione banche, p. 140.

[7] Direttiva 2014/59/UE, considerando 1.

[8] Si tratta di una crisi esplosa a causa della concessione di mutui ad opera delle banche americane a soggetti aventi un reddito basso/insicuro ossia soggetti sostanzialmente insolvibili. Si tratta dei mutui *subprime* i quali possiedono ampi margini di rischio per le istituzioni finanziarie e bancarie che li concedono poiché non vi è nessuna certezza che i mutuatari restituiscano il debito contratto. C. BIANCHI, *La crisi globale del 2007-2009: cause e conseguenze*, Lezione Lincea tenuta a Milano il 20.4.2011, *La crisi economica e le conseguenze sociali*.

[9] L'assenza di strumenti adottati in sede comunitaria aveva portato quale conseguenza la necessità per gli Stati membri di provvedere ad adottare misure di salvataggio degli intermediari finanziari in crisi o in dissesto utilizzando denaro dei contribuenti. Questa prassi diffusa ha reso necessario adottare una normativa idonea ad evitare il ricorso a questo procedimento. Direttiva 2014/59/UE, considerando 1.

[10] C. DELLA GIUSTINA, *Profili di illegittimità costituzionale dei decreti-legge "salva banche". Due esempi paradigmatici,* in *NOMOS, Le attualità nel diritto*, n. 2/2020.

[11] *The European Stability Mechanism*, in *ECB*, 2011.

[12] D. ROSSANO, *La nuova regolazione*, Milano, 2017, p. 53.

Nel momento in cui la stabilità viene a mancare si producono degli effetti negativi capaci di creare gravi squilibri nel settore bancario e creditizio. Si tratta di squilibri che per complessità e serietà possono determinare altresì conseguenze sulla situazione economica e finanziaria generale degli Stati determinato una crisi dei debiti sovrani oltre che un rischio di *default* degli Stati interessati. A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, pp. 1-10. A. DE GREGORIO MERINO, *Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: the mechanisms of financial assistance*, in *Common Market Law Review*, 2012, pp. 1613-1620. Con l'espressione debito sovrano si allude al debito accumulato nel tempo da uno Stato sovrano per adempiere ai propri compiti. In altri termini si tratta del debito che un determinato Stato ha stipulato nel momento in cui il reddito dello stesso possiede una

ISSN 2036-7821

La disciplina europea in materia di crisi bancarie[13] è articolata in tre fasi essenzialmente. La prima fase, ossia la fase preparatoria o della pianificazione, durante la quale viene richiesto che sia la banca in difficoltà finanziaria sia l'autorità chiamata a gestire il potenziale dissesto devono pianificare, appunto, dei piani di risanamento. Questi ultimi possono essere definiti come «programmi da mettere in atto qualora la banca cada o stia per cadere a breve in stato di dissesto, finalizzati a consentire un'ordinata gestione della situazione. La seconda fase è denominata come fase dell'intervento precoce in quanto nel momento in cui si verifica una situazione di crisi «devono essere disponibili strumenti di intervento precoce da parte dell'autorità che vigila sulla stabilità della banca». La terza e ultima fase è quella risolutiva e deve essere attivata solamente qualora si verifichi una situazione di dissesto conclamato[14]. In quest'ultima ipotesi «devono essere disponibili strumenti che, qualora la liquidazione della banca possa avere un impatto sistemico (cioè avere ripercussioni sull'economia reale), consentano di garantire la continuità delle sue

---

crescita economica lenta. Nella situazione appena descritta lo Stato per far fronte alla spesa pubblica vende obbligazioni ed incassa moneta che deve restituire ad una determinata scadenza con gli interessi. L. ZIANI, *Debito sovrano*, in *Diz. ec. fin.*, 2012, pp. 1-8.

[13] Questa disciplina è stata adottata, e applicata, concretamente per i seguenti motivi. In primo luogo si è voluto evitare che le crisi bancarie verificatesi in alcuni Stati membri continuassero a essere sanata dai contribuenti stessi. L'adozione della *Bank Recovery and Resolution Directive* ha avuto quale principale scopo quello di evitare che gli stessi contribuenti continuassero a sopportare il dissesto finanziario delle banche. In secondo luogo, è stato sottolineato che la crisi del sistema bancario di molti Stati dell'Unione Europea si è trasformata in un rischio del fallimento degli stessi a causa della lievitazione dei loro debiti sovrani. Di conseguenza è stato ritenuto necessario introdurre una disciplina comune preordinata a consentire il risanamento delle banche europee senza però mettere a repentaglio la stabilità economico-finanziaria degli Stati. Ulteriore obiettivo che si voleva perseguire era quello di arrestare la stretta connessione intercorrente tra banche e debito sovrano. Il denaro pubblico, infatti, veniva utilizzato per aiutare le banche in crisi. Ulteriore riflessione che venne elaborata in sede europea è quella secondo cui la certezza del salvataggio pubblico delle banche avrebbe quale effetto una minore prudenza nella gestione del credito ad opera degli amministratori in quanto questi ultimi sono consapevoli che in caso di fallimento lo Stato stanzierebbe denaro pubblico per salvare l'istituto di credito in questione. Infine è stato sostenuto che le tradizionali procedure di insolvenza non avrebbero potuto soddisfare la necessità di intervento tempestivo ritenuto come essenziale per evitare l'insorgenza e la propagazione di effetti sistemici.

P. CARRIERE, *Crisi bancaria e bail-in: prime noterelle sui decreti di recepimento della Direttiva BRRD*, in *dirittobancario.it*, 2016, p. 2. G. RIVOSECCHI, *Intervento* al seminario interdisciplinare *Ragionando sull'equilibrio di bilancio - La riforma costituzionale del 2012 tra ideologie economiche, vincoli giuridici ed effettiva giustiziabilità* in *Forum Quaderni Costituzionali*. A. CAPIZZI, S. CAPPIELLO, *Prime considerazioni sullo strumento del* bail-in: *la conversione forzosa di debito in capitale*, *Intervento* al V Convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del diritto commerciale *L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi*, Roma, 21-22 febbraio 2014. G. BOCCUZZI, *L'Unione bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015, 9. A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, *op., cit.*, 8-20.

[14] C. DELLA GIUSTINA, *Profili di illegittimità costituzionale dei decreti-legge "salva banche". Due esempi paradigmatici op. cit.*

ISSN 2036-7821

funzioni essenziali senza ricorso, o con un ricorso limitato, a fondi pubblici o ad aiuti esterni»[15].

Da una prospettiva di diritto nazionale, la Direttiva europea 2014/95 è stata recepita con due decreti legislativi: il n. 180[16] e 181[17] del 2015. Alla luce della nuova normativa[18] le banche che si trovano in situazioni di crisi, o di dissesto, devono essere assoggettate a risoluzione per evitare conseguenze sulla stabilità finanziaria e sull'assetto economico degli Stati membri[19].

La procedura di risoluzione prevede che l'autorità amministrativa di risoluzione ,identificata nella Banca d'Italia,[20] deve porre in essere una delle quattro misure contemplate dall'art. 39 del decreto-legislativo n. 180/2015 ossia: cessione dei beni giuridici a un soggetto terzo, il cd. *sale of assets*, oppure la cessione dei beni e rapporti giuridici a una banca ponte, il cd. *bridge bank*, oppure la cessione dei beni e rapporti

[15] Tar Lazio, 165/2017.

[16] Decreto legislativo 16.11.2015, n. 180 G.U. Serie Generale n. 267 del 16.11.2015.

[17] Decreti legislativo 16.11.2015, G.U. Serie Generale n. 267 del 16.11.2015. Modifiche del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in attuazione della Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la Direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le Direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE), n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio

[18] Con essa la dottrina ha sostenuto che «si coglie esemplarmente il superamento dell'idea che l'eventuale salvataggio delle banche in crisi possa essere realizzato, almeno integralmente, con risorse pubbliche poste a carico della collettività, a favore di un'impostazione che vuole invece che tale programma venga ad essere sostenuto primariamente dagli stessi investitori privati, siano essi non solo, com'è naturale, coloro che hanno apportato il capitale di rischio, ma anche i possessori di strumenti rappresentativi di capitale di credito». G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Il corriere giuridico*, 2015, p. 1486. Oltre a ciò è stato osservato che la normativa nazionale che ha dato attuazione alla Direttiva BRRD risulta essere «di spaesamento innanzi alla portata inedita dell'intervento e alla difficoltà di rintracciarne una coerenza ideologica di fondo». L. STANGHELLINI, *The Implementation of the BRRD in Italy and its First Test: Policy Implications*, in *Journal of Financial Regulation*, 2016, pp. 1-3 il quale afferma che «*the Directive follows a sequence (preparation, early intervention, resolution) that appears logical, but that in reality mixes up instruments of supervision, instruments of resolution and instruments of quasi-resolution*».

Infine parte della dottrina ha precisato che «il nuovo regime delle crisi bancarie rappresenta uno dei tre pilastri del complessivo processo internazionale di revisione della regolamentazione e supervisione bancaria, in risposta alle carenze rivelate dalla crisi». A. CAPIZZI - S. CAPPIELLO, *Prime considerazioni sullo strumento del* bail-in: *la conversione forzosa di debito in capitale*, *op.,cit.*,p. 2.

[19] Direttiva 2014/59/UE, Considerando 132.

[20] L'art. 3 decreto-legislativo n. 180/2015 enuncia che «la Banca d'Italia svolge le funzioni ed esercita i poteri disciplinati dal presente decreto in qualità di autorità di risoluzione nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 2, quando essi hanno sede legale in Italia, salvo ove diversamente indicato. Nei casi previsti dal presente decreto, le stesse funzioni e poteri sono esercitati nei confronti delle succursali stabilite in Italia di banche extracomunitarie».

2. La Banca d'Italia svolge le funzioni ed esercita i poteri disciplinati dal presente decreto in qualità di autorità di risoluzione di gruppo nei confronti dei gruppi quando essa è l'autorità di vigilanza su base consolidata in base al Regolamento (UE) n. 575/2013, anche se la vigilanza su base consolidata è svolta dalla Banca Centrale Europea ai sensi del Regolamento (UE) n. 1024/2013».

ISSN 2036-7821

giuridici ad una società veicolo per la gestione delle attività, il cd. *asset separation tool* o infine il *bail-in*[21].

L'obiettivo comune a queste diverse modalità dovrebbe essere quello di permettere alla banca soggetta a risoluzione «di proseguire l'attività, dopo l'alleggerimento del passivo, conseguente al taglio delle passività pregresse attuata con operazioni di decurtazione, azzeramento o conversione dei suoi debiti nei confronti dei creditori muniti di diritti soggettivi perfetti (detentori di obbligazioni subordinate, altri creditori muniti di idonei titoli), nonché nei confronti dei titolari di partecipazioni al capitale[22]».

Sottoporre una banca a risoluzione vuol dire avviare un processo di ristrutturazione della Banca gestito dalla Banca d'Italia finalizzato a «evitare interruzioni nella prestazione dei servizi essenziali offerti dalla banca (ad esempio, i depositi e i servizi di pagamento), a ripristinare condizioni di sostenibilità economica della parte sana della banca e a liquidare le parti restanti»[23]. Si deve precisare che la banca, ex art. 17 decreto-legislativo n. 180/2015, può essere sottoposta a risoluzione ad opera dell'Autorità di risoluzione non solo quando l'istituto di credito si trovi in stato di dissesto finanziario ma anche quando lo stesso sia a rischio di dissesto. Quest'ultima situazione può verificarsi anche quando si riscontrino delle irregolarità nell'amministrazione o, alternativamente, delle violazioni normative. Il riferimento va all'ipotesi in cui misure di natura privata o di vigilanza non siano idonee a evitare in breve tempo il dissesto[24].

La vicenda delle due banche venete si inserisce in un contesto sia di crisi sistemica, che ha travolto prima l'America e poi l'Europa, sia nell'ambito di comportamenti scorretti e sconvenienti tenuti da amministratori e dirigenti degli istituti di credito. In un primo momento, ai due istituti di credito è stato concesso di fronteggiare le perdite registrate mediante la concessione di un'autorizzazione ad emettere obbligazioni garantite dallo Stato[25]. Contemporaneamente le due banche

---

[21] Il termine *bail-in* deriva da *bailiff* (lat. *bajulus*) che durante l'epoca normanna indicava una specie di ufficiale giudiziario avente il compito di provvedere all'esecuzione forzata delle sentenze pronunciate dalla magistratura locale e di notificare gli ordini di comparizione dinnanzi alla Corte regia. Nel *law-french* anglo-normanno *bail* è la *cautio pro libertate* che deve essere versata dall'accusato di gravi delitti *in vinculis* al fine di poter essere affrancato dalla custodia provvisoria e riscattare la propria libertà personale *pendente iudicio*. C. FIORIO, *Libertà personale dell'imputato e bail*, in *Riv. dir. proc.*,2014, p. 454.

Nel contesto bancario il termine *bail-in* rappresenta il prezzo che gli azionisti e obbligazionisti devono pagare, a fondo perduto, per consentire alla banca in crisi di continuare a svolgere liberamente le attività di impresa che l'hanno condotta al dissesto. M. STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del Decreto-legislativo180/2015 e del D.l. 99/2017 cd. "banche venete"*, Canterano, 2018, pp. 35-36, nota n. 9.

[22] L. DI BRINA, *"Risoluzione" delle banche "bail-in", alla luce dei principi della carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale, in Riv. trim. dir. ec.*, 2015, pp. 206-215.

[23] A. GIAMPÀ - L. JURMANN, *Bail in, tutto chiaro?*, Tricase, 2016, p. 21.

[24] F. SALMONI, *Crisi bancarie e incostituzionalità del bail-in*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1/2017, pp. 285- 311.

[25] È contenuta nell'art. 1, comma1 del decreto-legge n. 237/2016 (decreto-legge 23.12.2016, n. 237 successivamente convertito in legge 17.2.2017 n. 15 G.U. 21.2.2017 n.43) il quale enuncia che «Al fine di evitare o

ISSN 2036-7821

provvedevano a presentare un piano di ristrutturazione basato sulla loro fusione. Successivamente la Commissione europea ritenne che non ricorressero le condizioni idonee per provvedere alla ricapitalizzazione precauzionale. Consequenza di detta decisione fu la liquidazione delle due banche di conseguenza in data 25.6.2017[26].

I due istituti di credito rientravano nella nozione di «enti significativi»[27], quindi, sottoposti alla vigilanza della BCE. Più in generale, una volta dichiarata la crisi bancaria o si procede a risoluzione, qualora ricorrano le condizioni, ovvero a liquidazione coatta amministrativa. Per contro, le due banche venete non vennero sottoposte a risoluzione poiché mancava una delle condizioni necessarie alla dichiarazione della stessa: il requisito dell'interesse pubblico alla risoluzione. Nel caso di specie il *Single Resolution Board*[28] ha ritenuto che il fallimento delle due banche non fosse evento idoneo a determinare una crisi a livello sistemico capace di pregiudicare la stabilità finanziaria. Precisamente, tale organismo dell'Unione Europea escluse la potenziale risoluzione delle due banche ex art. 35 decreto-legislativo n. 180/2015[29].

Alla luce delle dichiarazioni del *Single Resolution Board*, le due banche avrebbero dovuto essere sottoposte a liquidazione coatta amministrativa. Per contro, il Governo italiano sostenne come detta soluzione avrebbe determinato una distruzione di valore causando a sua volta un «grave turbamento dell'economia nell'area di

---

porre rimedio a una grave perturbazione dell'economia e preservare la stabilità finanziaria, a concedere la garanzia dello Stato su passività delle banche italiane in conformità di quanto previsto dal presente Capo I, nel rispetto della disciplina europea in materia di aiuti di Stato».

[26] Il 23.6.2017 il comunicato della BCE concluse che «*both banks presented business plan wich were deemed not be credible*».

[27] Una banca viene considerata significativa ai sensi della normativa europea sulla base di quattro fattori. In primo luogo delle dimensioni, ossia il valore totale delle sue attività deve superare i 30 miliardi di euro, in secondo luogo per l'importanza economica rapportata a un paese particolare o all'economia dell'Ue nel suo insieme. Terzo criterio concerne l'operatività transfrontaliera ossia il valore totale delle attività dell'istituto di credito deve essere maggiore di 5 miliardi di euro e il rapporto tra le attività transfrontaliere in più di un altro Stato membro partecipante e le attività totali deve essere superiore al 20% o il rapporto tra le passività transfrontaliere in più in un altro stato membro partecipante e le passività totali è superiore al 20%. Ultimo criterio concerne l'assistenza finanziaria pubblica diretta ossia l'aver chiesto o ricevuto dei finanziamenti nel quadro del Meccanismo europeo di stabilità o della *European Financial Stability Facility*.

[28] Detto Comitato è stato istituito dall'art. 42 del Regolamento europeo 806/2014, si tratta di un'agenzia europea avente personalità giuridica con sede a Bruxelles. La sua composizione è formata da tanti componenti quanti sono gli Stati europei, ciascuno in rappresentanza della propria Nazione. A questi componenti si devono aggiungere: un Presidente e altri quattro membri a tempo pieno nominati dal Parlamento europeo su proposta della Commissione. Per quanto concerne la metodologia deliberativa il *Single Resolution Boar*d può seguire due modalità: plenaria o esecutiva. Quest'ultima possiede una composizione maggiormente ristretta ossia cinque membri e il rappresentante dell'Unità di Risoluzione della giurisdizione interessata. M. STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del Decreto-legislativo180/2015 e del D.l. 99/2017 cd. "banche venete"*, *op., cit.*, pp. 18-17.

[29] C. DELLA GIUSTINA, *Profili di illegittimità costituzionale dei decreti-legge "salva banche". Due esempi paradigmatici op. cit.*

ISSN 2036-7821

operatività delle banche in questione»[30]. La soluzione che venne adottata fu una liquidazione coatta amministrativa inusuale disciplinata dal decreto-legge n. 99/2017[31].

In base all'art. 2 di detto decreto, è stato incaricato il Ministero dell'Economia e delle Finanze a provvedere alla liquidazione coatta amministrativa delle due banche cedenti, di autorizzare le banche in l.c.a. a continuare la loro attività di impresa «senza necessità di acquisire autorizzazioni o parere dalla Banca d'Italia o del comitato di sorveglianza» e infine di «disporre che i commissari liquidatori procedano alla cessione»[32].

---

[30] E. RULLI, *Visto l'articolo 47 della Costituzione... (Una nota sul salvataggio di Veneto Banca e Popolare di Vicenza),* in *FCHUB*, 2017.

[31] Decreto-legge 25.6.2017 n. 99, G.U. Serie Generale n. 146 del 25.6.2017, convertito in L. 31.7.2017, n. 121, G.U. 8.8.2017, n. 184.

[32] La liquidazione delle due banche venete non ha seguito le regole contenute negli art. 80 e ss t.u.b. ossia della tradizionale lca poiché la Commissione ha autorizzato la concessione a favore di detti istituti di «aiuti alla liquidazione». Essi si concretizzano in forme di sostegno statali inserite in una «liquidazione ordinata» ossia «una procedura liquidatoria sottoposta sia all'autorizzazione che al monitoraggio della Commissione europea finalizzata il più possibile alla vendita di rami dell'attività o di attivi mediante un processo concorrenziale», ed il cui ricavato è destinato al «pagamento dei costi di liquidazione». I. MECATTI, *Il decreto salva risparmio*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p.13. Questa liquidazione si articola nel modo seguente. In primo luogo la parte non deteriorata dei due istituti è stata ceduta a banca Intesa a fronte di un corrispettivo simbolico di 1 euro. Intesa ha dovuto fornire quale anticipo «al commissario liquidatore le spese necessarie per il funzionamento della procedura di liquidazione coatta amministrativa, incluse le indennità spettanti agli organi liquidatori». Comunicato stampa di Intesa San Paolo del 26.6.2017. In secondo luogo l'aiuto di Stato è stato duplice ossia « 1) un intervento per cassa pari a circa 4,8 miliardi di euro, di cui 3,5 a copertura del fabbisogno di capitale generatosi in capo a Intesa in seguito all'acquisizione della "parte buona" delle banche in lca, e 1,3 miliardi volti a sostenere le misure di ristrutturazione aziendale che la cessionaria dovrà attivare per rispettare gli impegni assunti quali condizioni per l'aiuto ottenuto ; 2) rilascio delle garanzie sia sul credito che banca Intesa vanta nei confronti delle banche in l.c.a per lo sbilancio di cessione. In sostanza, i costi dell'operazione sono tutti garantiti dall'intervento statale». Banca d'Italia, Informazioni, La crisi, sez. III, par. 1. I. MECATTI, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della lca delle banche venete per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente,* in *Banca, Borsa Titoli di Credito*, fasc. 6/2019, pp. 784-815. Infine la cessione è stata oggetto di una disciplina speciale sia per quanto attiene all'ambito procedurale che al perimetro oggettivo della cessione. Al primo non si applicano: l'art. 58 t.u.b, comma 1,2,3,4,5,6 e 7 e nemmeno l'art. 90 t.u.b., comma 2. Per quanto concerne il perimetro della cessione è previsto che «le disposizioni del contratto di cessione hanno efficacia verso i terzi a seguito della pubblicazione da parte della Banca d'Italia sul proprio sito della notizia della cessione, senza necessità di svolgere altri adempimenti previsti dalla legge, anche a fini costitutivi, di pubblicità notizia o dichiarativa, ivi inclusi quelli previsti dagli articoli 1264,2022,2355,2470,2525,2556 e 2559, primo comma, del codice civile)».

Si sottolinea che la Commissione europea ha ritenuto conformi alla disciplina europea gli interventi statali in quanto gli stessi risultano essere compatibili con la normativa in materia di concorrenza perché i possessori di azioni e obbligazioni subordinate hanno contribuito ai costi del risanamento riducendo quindi l'onere di intervento per lo Stato. La Commissione ha sostenuto altresì che il soggetto acquirente è stato scelto a seguito di una procedura aperta, equa e trasparente gestita *in toto* dalle autorità italiane che hanno proceduto alla vendita degli *asset* secondo la miglior offerta ricevuta. Commissione Europea, *State aid: Commission approves aid for market exit of Banca Popolare di Vicenza and Veneto Banca under Italian insolvency law, involving sale of some parts to Intesa Sanpaolo*, Press Realese, Brussels, 25.6.2017. M.R. FARINA, *La soluzione della crisi delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo d'insieme*, in *Innovazione e diritto*, n.2/2018, pp.1-30.

ISSN 2036-7821

2. Il trait-d'union tra meccanismi di risoluzione e diritto costituzionale

L'applicazione, o mancata applicazione, della disciplina di derivazione europea, quasi paradossalmente, conduce alle medesime conclusi dottrinali.

Nei casi giudiziari che si andranno ad analizzare, più precisamente, l'aspetto che verrà evidenziato atterrà alla violazione delle disposizioni che rappresentano la quinta essenza dell'ordinamento giuridico italiano. Il riferimento, più precisamente, va sia alle disposizioni costituzionali sia a quelle appartenenti all'ordinamento sovranazionale, importante nel sistema giuridico italiano.

Intercorre una chiara interazione fra i diritti degli azionisti e dei creditori di una banca — assoggettata ad uno degli strumenti di risoluzione — e la Costituzione italiana, molto sensibile ai profili economici, tanto da riservare a tale area una parte della propria *sedes materiae*. La stessa dottrina dei costituzionalisti italiani non ha lasciato passare troppo tempo prima di commentare l'impatto costituzionale della BRRD[33].

Diversi sono i principi da porre in rilievo a tale riguardo: il disposto di cui all'art. 41, in tema di libertà di iniziativa economica; il precetto di cui all'art. 42, di tutela del diritto di proprietà; l'art. 47, di tutela del risparmio.

L'art. 42, comma 1, si fonda su di un precetto fondamentale che riconosce la proprietà tanto pubblica che privata. Il precetto sancisce che i «beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati». Si tratta di una statuizione non del tutto tecnica, sotto un'angolatura di diritto moderno, in quanto i privati possono essere sia persone fisiche che giuridiche, organizzati quali enti privati. Le prime due categorie, dunque (Stato ed enti) avrebbero potuto essere articolate meglio per essere comprese in una sola, lo Stato e ogni sua emanazione, anche quelle di tipo geografico. L'art. 42 afferma anche che la proprietà privata: «è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti»; «può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale».

È ben nota, pur se non del tutto rientrante nel *focus* del presente lavoro, la lunga disputa, anche di tipo ideologico, fra chi fa della proprietà privata l'asse portante della libertà e chi storicamente la ammette solo in quanto compatibile con la funzione sociale. In tale logica, rientra l'esigenza di assicurare un equilibrio tra la proprietà privata e gli interessi generali, compito demandato al legislatore[34]. Nel concreto, il

[33] M. SEMERARO, *Rischio d'impresa bancaria e discipline recenti*, in *Giust. civ.*, 2016, IV, p. 849.

[34] R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, G 2014. Gli autori sottolineano anche quanto segue: «il vero problema che affonda le radici nell'art. 42 è quello dell'espropriazione. [..] L'espropriazione è un istituto che esiste ben prima della Costituzione italiana, che si limita perciò a confermarne la legittimità. Essa è manifestazione della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato: il diritto soggettivo di proprietà

ISSN 2036-7821

diritto di proprietà è disciplinato dall'art. 832, c.c., che ne fornisce una specifica definizione: «il diritto di proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».
Dunque la Costituzione italiana, in tal senso facendo eco alle previsioni normative sovrannazionali[35], tutela il diritto di proprietà e disciplina il procedimento di espropriazione. In essa trovano sintesi due principi: la proprietà può essere espropriata solo se sussista un motivo di interesse generale e siano rispettate le previsioni di legge; all'esproprio deve corrispondere un apposito indennizzo[36].

3. La risoluzione della Cassa di Risparmio di Ferrara
La Cassa di Risparmio di Ferrara[37] — contro-interessata nell'appello, laddove gli appellanti sono gli obbligazionisti — è stata sottoposta nel periodo 24 settembre 2012/15 febbraio 2013 a ispezione della Banca d'Italia con l'obiettivo di accertare i vari profili di criticità. Essi erano da riferire a: inadeguata gestione del credito; deterioramento del relativo portafoglio; erosione dei margini di reddito e patrimonio; tensioni sulla liquidità disponibile. In particolare, l'ispezione ha messo in luce che il coefficiente CET 1 era sceso al 4%, ovvero alla metà del valore minimo accettabile. Con decreto del MEF, del 27 maggio 2013, la CRF è posta in amministrazione straordinaria.
I commissari all'uopo nominati, a decorrere dal 30 maggio successivo, si impegnarono in un'opera di razionalizzazione dell'attività, e soprattutto di ricerca della provvista necessaria a ricapitalizzare la banca, con tentativi peraltro infruttuosi che comportano una proroga di procedura, disposta con un ulteriore decreto MEF del 26 maggio 2014. *Medio tempore*, il Commissari della CRF avviano anche opportuni contatti con il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositanti[38], in queste situazioni *Deus ex Machina* che storicamente ha favorito il superamento delle situazioni di crisi delle banche, intervenendo con i propri fondi, privati, raccolti in anticipo presso le consociate[39].

'degrada' in puro interesse legittimo e al proprietario rimane solo il diritto ad un'indennità, che non lo risarcisce se non in parte della perdita economica subita».

[35] Il riferimento va all'art. 17 della Carta di Nizza.

[36] T. GIANI, L. ARIANI, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *Rivista del diritto societario*, 2013, IV, p. 713. Più recentemente menzione del caso "*Grainger e Altri v UK*" è rinvenibile anche in M. PERRINO, *Gli Organi, in La risoluzione bancaria (Atti di Convegno)*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2018, I, p. 708.

[37] In questo paragrafo "la Cassa".

[38] La natura del fondo di tutela dei depositanti, da intendere quale consorzio obbligatorio fra le banche italiane, è quella di garantire i depositi dei clienti nel caso in cui una banca entri in crisi e possa trovarsi in difficoltà a rimborsarli. A determinate condizioni è possibile che esso possa intervenire per ricapitalizzare una banca in crisi.

[39] R. AYADI, R.M. LASTRA, *Proposals for Reforming Deposit Guarantee Schemes in Europe*, in *Journal of Banking Regulation*, 2010, XI, p. 210; P. de GIOIA CARABELLESE, C. CHESSA, *The So-Called Pan-European Depositors'*

ISSN 2036-7821

L'intervento ipotizzato, formalizzato con una delibera 6 maggio 2015 con lo scopo ultimo di ripianare le perdite registrate fino al 31 marzo 2015 e ripristinare il capitale necessario ad una sana gestione, avrebbe dovuto articolarsi secondo tre punti fondamentali: *i*) copertura delle perdite mediante integrale utilizzo delle riserve e riduzione del capitale, da 217.213.868,76 euro a 11.484.881,92 euro; *ii*) ricostituzione del capitale mediante aumento a pagamento e inscindibile, riservato al Fondo, per un importo di 300 milioni di euro meno pochi centesimi, evidentemente così dimensionato per ragioni contabili; *iii*) condizionatamente al buon fine di tale aumento riservato, emissione di *warrant* per ulteriori 57 milioni 348 mila euro circa, riservati ai vecchi azionisti, al servizio di un ulteriore aumento di capitale sociale in denaro, questa volta scindibile.

L'operazione di salvataggio — approvata dalla Banca d'Italia con provvedimento 7 luglio 2015 e dall'assemblea straordinaria della CRF (30 luglio 2015) — si arena "Oltre Alpe", allorquando viene chiesta l'autorizzazione dell'Autorità Comunitaria[40]. Infatti, con lettera dell'agosto 2015 indirizzata al MEF, la Commissione europea solleva dubbi sulla legittimità dell'intervento del Fondo, osservando che l'uso di fondi provenienti dal sistema di garanzia dei depositi potesse costituire violazione del divieto di Aiuti di Stato[41].

Nel frattempo, la "Cassa" vedeva deteriorarsi ulteriormente la propria situazione: il patrimonio netto contabile, pari a circa 11 milioni di euro, al 31 marzo 2015, registrava al 30 settembre 2015 un valore negativo di 24,5 milioni di euro, in presenza di una sopravvenuta crisi di liquidità. La CRF veniva, pertanto, posta in risoluzione con conversione dei diritti dei creditori in azioni. A tal fine, l'Autorità di Risoluzione utilizza gli appositi strumenti di cui al decreto-legislativo n. 180/2015, nel frattempo entrato in vigore, con conseguente annullamento delle azioni della CRF e conversione in azioni di una serie di passività e quindi di correlativi crediti di controparti. Fra i diversi motivi di appello, i creditori e azionisti — i quali impugnano la decisione del TAR che aveva in primo grado rigettato le loro pretese — deducevano «l'illegittimità di tutti i provvedimenti impugnati per illegittimità delle norme che ne costituiscono la base giuridica, ovvero delle norme del d. lgs. 180/2015 che prevedono la risoluzione», in quanto realizzerebbero «una forma di esproprio senza indennizzo dei diritti degli azionisti ed obbligazionisti assoggettati, come nella specie, al *write down*», in violazione degli artt. 42 e 47 della Costituzione italiana.

Protection Scheme: a Further Euro Own-goal? A Critical Analysis of Directive 2014/49, in Maastricht *Journal of European and Comparative* Law, 2016, XXIII, pp. 241 ss.; N. KLEFTOURI, *Deposit Protection and Bank Resolution*, Oxford, 2015.

[40] In data 22 ottobre 2015 veniva comunicato l'avvio del procedimento unitamente all'inoltro della richiesta di autorizzazione alla BCE.

[41] Si tratta di una affermazione difficilmente sostenibile nonché contrastante con le caratteristiche peculiari del fondo italiano di tutela dei depositanti.

ISSN 2036-7821

In un tale "braccio di ferro", in cui prevale la rigida — e si aggiunga *ex post* arguibile— posizione della Commissione che rifiuta i piani di salvataggio a mezzo del "Fondo", la Banca d'Italia, con il provvedimento del 21 novembre 2015, approvato dal MEF il successivo 22 novembre 2015, disponeva la risoluzione della CRF, facendo ricorso agli strumenti di cui all'art. 32 del decreto-legislativo n. 180/2015 e quindi: riduzione integrale del valore delle riserve e delle azioni, fra cui quelle possedute dall'azionista di maggioranza (l'ente appellante); azzeramento del valore nominale degli «elementi di classe 2 computabili nei fondi propri», ovvero in sintesi di parte delle obbligazioni subordinate[42]; cessione dell'azienda, così risanata, ad un ente ponte, incaricato di cederla successivamente sul mercato, con costituzione del capitale dell'ente ponte, mediante l'intervento del Fondo di risoluzione[43]; cessione dei crediti in sofferenza ad una apposita società veicolo, la *bad bank*, dietro corrispettivo di un credito a favore dell'ente ponte, da remunerare a tassi di mercato e da rimborsare con il ricavato della graduale cessione ovvero del realizzo delle sofferenze stesse.

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia cui si fa riferimento in questa sede[44], rigetta in forma *tranchant* la censura di illegittimità costituzionale, con passaggi logici che vanno analizzati, anche per la loro criticabilità. Il Consiglio di Stato richiama al riguardo la sentenza della Corte costituzionale dell'8 giugno 1984, n. 170, la quale sancisce che il controllo di costituzionalità di una norma nazionale con forza e valore di legge non è precluso per il solo fatto che essa, come nel caso il decreto-legislativo 180/2015, sia conforme al diritto europeo (in questo caso attuazione di una Direttiva emessa dall'Unione: la BRRD). Il sindacato di costituzionalità è infatti sempre ammesso con riferimento al rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento e dei diritti inalienabili della persona umana e, quindi, in generale, la BRRD, a detta del Consiglio di Stato, non sarebbe immune da una valutazione di legittimità costituzionale da parte del Giudice delle leggi.

Tuttavia, il più alto collegio giudicante amministrativo sembra fare subito marcia indietro, affermando che «fra i due ordinamenti[45] non vi sarebbe contraddizione, dato che il rispetto della proprietà è sancito, oltre che dall'art. 42 della Costituzione, anche dall'art. 17 della Carta di Nizza relativa ai diritti fondamentali».

In sostanza, il Consiglio di Stato, sulla scorta della asserita sussistenza di una norma UE di tutela della proprietà, decide di rinunciare esso stesso a considerare la frizione fra norma europea (la BRRD) e la norma costituzionale interna, la quale pure, secondo lo stesso Collegio, è parte dei principi fondanti dello Stato italiano. *Prima*

[42] Venne altresì previsto che le residue obbligazioni subordinate dovessero permanere nel patrimonio della banca originaria posta in liquidazione.

[43] Il riferimento è all'art. 78 decreto-legislativo n.180/2015.

[44] Consiglio di Stato, sentenza, sezione 6, provvedimento 201900475, sezione VI, 18 gennaio 2019, n. 475.

[45] Il riferimento è all'ordinamento interno italiano e a quello dell'Unione Europea.

ISSN 2036-7821

facie, ma si fa riserva di esaminare tale argomento *funditus* nel corso di questo contributo, appare chiaro che il più alto organo amministrativo italiano adotta una interpretazione finanche abrasiva, senz'altro simbolica, della sentenza delle Corte Costituzionale del 1984, *in primis* in rapporto con il Diritto dell'Unione Europea. Ad avviso di chi scrive, è lampante che il giudizio sulla norma di cui all'art. 17, Carta di Nizza, compete al giudice di quell'ordinamento, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Questo giudice, però, non entra nel merito dei diritti nazionali, e di come si atteggia la tutela della proprietà, men che meno se questi principi siano i cardini costituzionali, in quanto il relativo sindacato compete al Giudice delle Leggi di quell'ordinamento interno, ove esistente[46]. Ciò vale anche per il riferimento alla Corte europea dei diritti dell'Uomo, in particolare alla sentenza del 10 luglio 2012 "*Grainger*".

In modo simile, la sussistenza di una competenza della Corte Europea, a Strasburgo, riguarda esclusivamente i principi di quell'ordinamento, al massimo nei suoi riflessi sull'ordinamento civilistico interno, non entrando mai nel merito dei principi costituzionali.

L'aspetto da rimarcare, in conclusione, rimarcare attiene alla serietà della doglianza degli obbligazionisti ricorrenti della Cassa di Risparmio di Ferrara. Essa concerne l'azzeramento del valore patrimoniale delle azioni e delle obbligazioni ove previsto, di una banca in crisi, sottoposta alla risoluzione. Quanto appena esposto può integrare un esproprio del relativo diritto patrimoniale, illegittimo perché eseguito senza indennizzo[47].

4. La risoluzione bancaria e il diritto sovranazionale/internazionale

Proprio il richiamo nella motivazione della propria sentenza del cd. caso *Grainger*, da parte del Consiglio di Stato, impone di svolgere una riflessione comparatistica e sovranazionale. Il Consiglio di Stato, nel prendere atto che in tale articolato il diritto di proprietà sarebbe tutelato come diritto fondamentale anche rispetto alla proprietà di valori mobiliari, come le azioni e le obbligazioni, sembra sottintendere l'assenza di contrasto con i principi della Costituzione.

Nel raffrontare il caso *Grainger*, per la cui disamina si rimanda al paragrafo immediatamente successivo, con il *decisum* del Consiglio di Stato in merito a Cassa di Risparmio di Ferrara, sembra difficile coglierne l'afferenza. Ancora più precisamente

[46] Ai sensi del dictum Simmenthal, i giudici degli ordinamenti nazionali sono al tempo stesso giudici dell'ordinamento dell'Unione. In dottrina, cfr. M. PAYANDEH, *Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice*, in *Common market law review*, 2011, p. 9.

[47] Appare evidente come questo si ponga in contrasto con l'art. 47 Cost., contrasto che non viene valorizzato dal Consiglio di Stato il quale, a sua volta, quasi paradossalmente richiama la storica sentenza della Corte costituzionale, la n. 170/1984.

ISSN 2036-7821

sembra che i Giudici di Palazzo Spada siano incorsi in un *blunder* poiché i due parametri di riferimento sono dunque differenti[48]. Da un lato, infatti, vi sono i principi di cui alla Costituzione, dall'altro un articolato internazionale; nell'uno e nell'altro caso con due giudicanti delle leggi ben differenti: il Giudice delle Leggi italiano e il Giudice di Strasburgo, rispettivamente.

A tutto questo si aggiunge una specie di creazione giurisprudenziale della clausola di equivalenza tra la Convenzione Europea e il diritto costituzionale italiano, nella parte in cui i Supremi Giudici amministrativi si richiamano alla clausola di convenzione. Il problema è che una clausola di equivalenza non sembra esista fra ordinamento interno e diritto europeo, ma solo fra Convenzione Europea e Unione Europea. È solamente il giudice interno, quello delle leggi, che ha il potere di verificare l'essenzialità della norma costituzionale (l'art. 47, nel caso in esame) e dichiarare *contra legem* la normativa europea.

Lascia poi perplessi il fatto che il Consiglio di Stato abbia ravvisato nella stabilità del sistema finanziario un nuovo principio fondante tanto della BRRD quanto del diritto europeo. In relazione a ciò, i massimi giudici amministrativi hanno ritenuto che la tradizione costituzionale italiana di cui all'art. 47, Costituzione, dovesse cedere il passo a tale nascente principio fondante. Da questo punto di osservazione, è bene sottolineare che gli stessi obiettivi della BRRD sono ben lungi dall'essere chiariti nella *sedes materiae* della BRRD poiché non necessariamente coerenti fra di loro al loro interno. La BRRD, se pure implementa l'obiettivo della stabilità finanziaria, lo fa non tanto in osservanza di un principio dell'Unione Europea, ma in ossequio ad una esigenza più globale, che si riflette negli articolati economici promossi dal G20, dopo le apocalittiche crisi bancarie anglo-americane del 2007/2008[49].

Nella ricostruzione fatta propria dal Consiglio di Stato, le esigenze finanziarie internazionali cui si è appena fatto riferimento assurgono a principi dell'Unione Europea finanziaria) quanto le modalità con cui questo si è realizzato[50].

In forza di ulteriori decisioni della Corte Edu, è possibile affermare, in modo sintetico, che le diverse azioni poste in essere da un Esecutivo che privano gli individui di un loro diritto domenicale sono legittime a condizione che l'interferenza

[48] Nella presente trattazione ci si riferisce, principalmente, a P. de GIOIA CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.5/2020, pp. 944 ss.

[49] Si precisa che in due sentenze del Tribunale dell'UE (T-680/13 del 13 luglio 2018, Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC e altri contro Consiglio dell'Unione europea e altri; T-786/14 del 13 luglio 2018, Judgment of the General Court, Eleni Pavlikka Bourdouvali and altri contro Consiglio dell'Unione europea e altri), l'obiettivo della stabilità finanziaria viene affermato quale principio, si specula in questa sede forse implicito, dell'Unione Europea. Nel caso "Pringle" (C-370/12 -Sentenza della Corte (seduta plenaria) del 27 novembre 2012, Thomas Pringle contro Governement of Ireland e altri), al para 135, la stabilità finanziaria è considerata quale «*higher objective of the monetary union*».

[50] P. de GIOIA CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

avvenga in nome dell'interesse generale o di un pubblico interesse[51]. La Corte, nella propria decisione, evidenziò come la legislazione contestata andasse a pregiudicare i diritti degli attori poiché privati del loro diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del Protocollo della Convenzione. L'aspetto interessante attiene alla struttura della motivazione nella quale non si rinviene alcun riferimento alla distinzione tra «interesse generale» e «interesse pubblico».
A questo si deve aggiungere che la privazione della proprietà può essere considerata corrispondente al pubblico interesse a condizione che il perseguimento dell'interesse pubblico avvenga nell'ambito di legittime politiche sociali. Questo obiettivo ultimo, proprio in quanto altamente discrezionale, riferito a un bisogno della società può essere meglio valutato dal legislatore piuttosto che da un organo giudicante sovranazionale. Detto altrimenti, «la Corte non interferisce con prescrizioni legislative a meno che non siano manifestamente irragionevoli (*manifestly unreasonable*)»[52].

4.1. La tutela della proprietà nella giurisprudenza della Corte Edu

Il principio giurisprudenziale cui fare riferimento in tema di tutela della proprietà è quello elaborato nel caso *Marcks*[53]. Esso prende le mosse dalla contestata legittimità delle allora vigenti disposizioni del codice civile belga in forza delle quali il figlio nato fuori dal matrimonio non ha diritti sulla proprietà della madre deceduta. In altri termini, al figlio veniva riconosciuto lo status di erede ma solo quale «erede eccezionale». Egli, al fine di poter essere immesso nel possesso dei beni ereditari, avrebbe dovuto esperire un'azione giudiziale. A questo si aggiunga che il figlio era legittimato solamente per tre quarti dei beni costituenti la proprietà della madre a condizione che quest'ultima non fossero sopravvissuti altri parenti.
In questo *case law*, la Corte Edu statuì che la legislazione nazionale può essere oggetto di sindacato a condizione che interferisca con i diritti di proprietà. L'art. 25 della Convenzione, difatti, consente agli individui di contestare la legge nazionale, a condizione che questa ponga in essere una violazione dei loro diritti. Prendendo le mosse da questa affermazione, la legge belga non consentiva di disporre in modo libero e volontario dei beni che avrebbero potuto costituire oggetto dell'asse ereditario a favore del figlio nato fuori dal matrimonio[54].

[51] Il caso da richiamare è *James and Others v United Kingdom* Series A No 98 (1986) 8 EHRR 123, case 8793/79. Gli attori britannici (*freeholder*) contestavano il trasferimento coattivo della loro proprietà avvenuto ai sensi del *Leasehold Reform Act* 1967 poiché ritenuto in violazione dell'art. 1 Protocollo 1 della Convenzione Europea. Questa fonte normativa, più analiticamente, conferiva agli affittuari-residenti di case possedute in regime di affitto prolungato ovvero per periodi superiori a 21 anni e a basso canone il diritto di acquistare la piena proprietà al ricorrere di determinate condizioni.
[52] P. de GIOIA CARABELLESE, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Cacucci, 2020, p. 110.
[53] Case 6833/74, *Marcks v Belgium*, 1979, 13 June 1979.
[54] P. de Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

In conclusione, per la Corte di Strasburgo, non sussisteva una violazione del diritto di proprietà ma lo stato belga controllava l'attività di disposizione della proprietà privata[55].

4.2. Il *decisum ante litteram* di *bail-in*

È stato necessario richiamare il caso Marcks in quanto è proprio a esso che si riconnette il principio fatto proprio nel caso *Grainger*[56]. *Northen Rock* può essere definito come un *decisum ante litteram* di *bail-in sui generis*[57], disposto dal governo britannico in relazione alla insolvenza di una banca (Northern Rock) del Nord dell'Inghilterra, appalesatasi nell'estate del 2007. La banca in parola, ora "defunta" commercialmente, condivide con Royal Bank of Scotland, l'*incipit* della crisi finanziaria del 2007/2008, quanto meno in Europa[58]. "*Grainger*", infatti, è relativo al caso Northern Rock, verificatosi allorquando la BRRD era ben lungi dall'essere emanata. Più precisamente, nel 2007 si era agli albori della crisi ed il Paese dove il caso *Northern Rock*[59] esplose (la Gran Bretagna) non aveva nemmeno una legislazione sull'insolvenza bancaria[60].

[55] Un caso cui può farsi riferimento è *Gasus Dosier-Und Fordertechnik GmbH v Netherlands* [1995] 20 EHRR 403. In esso l'istante lamentava l'apprensione da parte della autorità olandesi di beni da questo detenuti. Questa indisponibilità di beni doveva permanere fino al momento in cui l'istante non avesse pagato le tasse al governo olandese. Sul punto, la Corte precisò che «la nozione di possesso ha un significato autonomo che non può essere limitato alla disponibilità fisica dei beni. È ben possibile che altri diritti e interessi possano essere definiti come diritto proprietà e quindi come 'possesso' ai fini della applicazione di questa disposizione». Traduzione non letterale dall'inglese. Per un ulteriore approfondimento si rimanda a P. de GIOIA CARABELLESE, *La ricapitalizzazione bancaria interna*, Roma, 2020, pp. 39 ss.

[56] *Grainger and others v Uk*, 34940/10 – HEDEC, [2012] ECHR 1675.

[57] P. de GIOIA CARABELLESE, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Cacucci, 2020, p. 100. Ulteriore caso da richiamare è sicuramente *Kotnik and Others v Državni zbor Republike Slovenije Case* C-526/14. Il principio su cui si fonda questa decisione è quello secondo cui la Commissione non aveva generato nei confronti dei soci privilegiati e dei creditori alcuna aspettativa qualificabile come legittima. M.P. CHITI, *The European Banking Union in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in M.P. CHITI, V. SANTORO, *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Londra, 2019, p. 125.

[58] P. de GIOIA CARABELLESE, *Bridge Bank e decisum della Corte suprema britannica su Banco Espirito Santo: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, in *Banca impr, soc.*, 2019, pp. 377 ss.

[59] La Northern Rock era una banca specializzata nella concessione di crediti, divenuta successivamente illiquida nel 2007. Alla luce di quanto appena descritto, vi fu l'intervento di quelle che, a quel tempo, costituivano Autorità britanniche, precisamente: *HM Treasury* (il "Tesoro" britannico", organo governativo tuttora esistente), *Bank of England* (la banca centrale che, malgrado una parte del nome, è realmente britannica), e, infine, *Financial Services Authority* (la allora super Autorità di Vigilanza di tutto il settore finanziario, poi cessata, e riconfigura, a partire dal 2013) Con il trascorrere dei mesi divenne evidente l'inefficacia degli aiuti di sostegno divenendo quindi necessaria la nazionalizzazione, prima temporanea, poi definitiva. Su tutte queste vicende, si può fare riferimento a P. de GIOIA CARABELLESE, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, Bari, 2020, *passim*.

[60] P. de GIOIA CARABELLESE, *Bridge Bank e decisum della Corte suprema britannica su Banco Espirito Santo: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

La decisione assunta dal perito[61], ossia che nulla era dovuto agli azionisti, venne impugnata dinnanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Secondo la ricostruzione offerta dagli istanti, gli azionisti erano stati privati del diritto a un giusto indennizzo in modo illegale[62]. Sebbene il ricorso venne dichiarato inammissibile, è interessante l'affermazione della Corte Edu, ossia, il riconoscimento di un diritto domenicale diretto sulle azioni in capo agli azionisti. In forza di questa interpretazione, dunque, il concetto di proprietà sembra ricomprendere anche beni immateriali, quali le azioni[63].

5. La risoluzione bancaria approda alla Corte costituzionale italiana

Nel momento in cui sembrava che la dottrina avesse dimenticato l'emergenza del risparmio a causa della persistente emergenza sanitaria, si assiste a un colpo di scena, ossia l'ordinanza di remissione in Corte costituzionale[64] da parte del Giudice di Firenze[65]. Una ordinanza di remissione che consente alla dottrina di animare, di nuovo, il dibattito circa la legittimità di un decreto-legge-provvedimento (decreto-legge n. 99/2017) la cui peculiarità è non solamente quella di deviare alla ordinaria disciplina della liquidazione coatta amministrativa delle banche e della cessione di azienda ma, altresì, quella di essere un intreccio di fonti legali e di autonomia privata[66].

I motivi di asserita illegittimità costituzionale, riscontrati dal giudice *a quo*, possono essere sintetizzati nel modo seguente: 1) l'equiparazione della posizione del creditore azionista a quello del creditore danneggiato[67]; 2) l'esclusione dei debiti da *mis-selling* che produce un effetto sul sinallagma delle operazioni "baciate"[68]; 3) un diretto

[61] Nel marzo 2008 venne delegato a un perito il compito di determinare l'ammontare dovuto agli azionisti da parte del *Northern Rock plc Compensation Scheme Order*.

[62] Al momento della nazionalizzazione della banca, le azioni avevano un valore pari a 90 pence, a cui corrispondeva una capitalizzazione totale di 379 milioni di sterline.

[63] P. de GIOIA CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e costituzione italiana*, *op. cit.*

[64] Si rimanda a P. de GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *Il decreto-legge "salva banche" al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 1/2023, pp. 115-128.

[65] Ordinanza 20 luglio 2021.

[66] V. CONFORTINI, *Note minime sui profili di incostituzionalità della legge 'Banche Venete'*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1/2022, pp. 77 ss.

[67] Le disposizioni costituzionali parametro sarebbero, dunque, l'art. 3 e l'art. 47 Cost.

[68] Ci si riferisce alla politica che veniva posta in essere dalle due Banche Venete con la quale sollecitavano l'acquisto di propri titoli azionari e obbligazionari concedendo, al tempo stesso, finanziamenti o ponendo in essere delle forme di abbinamento del mutuo all'investimento riferito al proprio capitale obbligazionario o azionario subordinato. Come evidenziato dalla dottrina, in tema di contenzioso sull'assistenza finanziaria delle banche venete, sovente la clientela contesta il fatto che durante la normale operatività di erogazione del credito, i soggetti finanziati venivano indotti «a utilizzare tutte le somme mutuate o parte di esse per acquistare o sottoscrivere azioni delle banche stesse, avendo così dato vita a quel fenomeno giuridico che, giornalisticamente e non senza un certo gusto del lubrico, è stato denominato "operazioni baciate"». Si rimanda a M. ROSSI, *Assistenza finanziaria bancaria e necessità di interpretazione comunitariamente orientata dell'articolo 2358 c.c.*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 6/2020, p. 969. Cfr. T. GUERINI, *Capitale sociale e patrimonio di vigilanza nel delitto*

ISSN 2036-7821

arricchimento del cessionario a danno degli azionisti e degli obbligazionisti subordinati delle banche cedute[69] realizzando, dunque, una violazione degli artt. 42 e 47 Cost.

In conclusione, è possibile evidenziare come al giudizio della Corte costituzionale sia rimesso un decreto-legge-provvedimento[70] assai peculiare poiché riferibile alla «abdicazione del legislatore alla scelta di predeterminare esso stesso, per intero, quali categorie di rapporti fare rientrare nella cessione e quali no, consegnando in tal modo la decisione alla libera determinazione delle cedenti e della cessionaria, rese autonome nell'orientarsi verso soluzioni articolate in grado di violare il principio della *par condicio creditorum*»[71].

Dinnanzi alle censure mosse dal Giudice remittente, il Giudice delle Leggi fonda la propria pronuncia sulle finalità dichiarate nel preambolo del decreto legge che, a loro volta, rappresentarono il fondamento dell'intervento d'urgenza. Più precisamente, la *ratio* che ha mosso il legislatore ad adottare il decreto-legge n. 99/2017 è da rinvenire nella necessità di provvedere a realizzare un "salvataggio pubblico" di Banca Popolare di Vicenza spa e Veneto Banca spa sottoposte a liquidazione coatta amministrativa.

Il Governo, infatti, valutò necessario intervenire al fine di evitare che si realizzasse la distruzione del valore delle aziende bancarie coinvolte con relative perdite per i creditori non professionali chirografari. Questi ultimi, difatti, non sono né protetti né preferiti: in assenza dell'intervento d'urgenza si sarebbe materializzata una

---

di formazione fittizia del capitale, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 4/2019, pp. 726 ss.; G. PANCIOLI, *Assistenza finanziaria nelle banche popolari: la mutualità come strumento di tutela degli investitori*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 3/2022, pp. 416 ss.; S. PEROTTA, *Operazioni baciate: violazioni del divieto di assistenza finanziaria e inefficacia negoziale*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 2/2022, pp. 276 ss.; R. INNOCENTI, *Questioni in tema di nullità del contratto di finanziamento collegato alle azioni di Banca Popolare*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 3/2021, pp. 642 ss.

[69] Il riferimento è all'art. 4, comma 1, lett. b) decreto-legge n. 99/2017 in forza del quale viene disposta «l'erogazione al cessionario di cui all'art. 3 di risorse a sostegno di misure di ristrutturazione aziendale in conformità agli impegni assunti dal cessionario necessari ai fini del rispetto della disciplina europea sugli aiuti di stato per un importo massimo di euro 1.285 milioni". Sul punto, la dottrina ha ritenuto di non concordare con la ricostruzione offerta dal Tribunale di Firenze in quanto non prende in considerazione "che l'aiuto di Stato per essere compatibile con il quadro europeo, deve limitarsi nella minor misura possibile e abbinarsi all'onere imposto ad azionisti e obbligazionisti subordinati [..] in secondo luogo, che la necessità di coprire i fabbisogni di capitale necessari a coprire il disavanzo successivo alla cessione mira proprio a ripianare le perdite della banca ceduta trasferite come passività al cessionario». V. CONFORTINI, *Note minime sui profili di incostituzionalità della legge 'Banche Venete*, *op. cit.*, p. 85.

[70] Questa definizione viene confermata dalla recente pronuncia della Corte costituzionale secondo cui le disposizioni del decreto-legge99/2017 sono da qualificarsi quali norme provvedimento in quanto «si occupano di un singolo contratto, in quanto incidono sulla sola convenzione di cessione tra i commissari liquidatori delle due Banche venete in lca e il soggetto individuato ai sensi dell'art. 3, comma 3, disciplinano un numero limitato di fattispecie e rivelano un contenuto concreto, ispirato da particolari esigenze, ponendo per tale singolo evento regole specifiche innovative nel sistema legislativo vigente». Corte cost. 225/2022, considerato in diritto, 7.4.10.

[71] A. URBANI, *La cessione ex lege n. 121/2017 e la posizione degli azionisti delle due 'Banche Venete' poste in liquidazione coatta amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2017, suppl. 3, p. 202.

ISSN 2036-7821

improvvisa cessazione dei rapporti di affidamento creditizio per imprese e famiglie con conseguenti ripercussioni sul tessuto produttivo, sull'aspetto sociale e occupazionale.
Una volta chiarito questo aspetto, la Corte costituzionale inizia la disamina delle questioni sollevate dal giudice *a quo*, questioni che verranno dichiarate inammissibili in quanto carenti di motivazione circa i profili di rilevanza e non manifesta infondatezza[72].
Aspetto di particolare importanza attiene alla qualificazione fornita dalla Consulta circa l'oggetto della cessione: la delimitazione di esso, infatti, viene definita come oggettiva e inderogabile. Nel ragionamento elaborato dalla Corte costituzionale, è l'ambito oggettivo del programma obbligatorio regolato dalle parti del contratto di cessione che fa discendere «la individuazione della legittimazione passiva in capo alla convenuta Intesa Sanpaolo spa, o, meglio, della riferibilità ad essa della titolarità sostanziale della posizione giuridica cui inerisce la pretesa dedotta in giudizio»[73].

6. Le 'banche venete' tra Costituzione e giurisprudenza costituzionale

Se la dottrina più autorevole ha ritenuto sussistente una abdicazione da parte del legislatore circa la predeterminazione di quali categorie di rapporti dovevano rientrare nell'oggetto della cessione e quali dovevano restare esclusi[74], allo stesso modo si ritiene che la Corte costituzionale abbia abdicato al proprio ruolo di garante dei diritti[75].
In altri termini, con la normativa salva-banche si è assistito a una «stonatura del Decreto Legge rispetto all'armonia costituzionale pare insistere soprattutto sulla contrapposizione tra il profitto dell'acquirente da un lato e, dall'altro, non già un'inesigibile sua "ragionevolezza" o "parità di trattamento" indistinta ed aprioristica rispetto alle posizioni cedute, bensì e più pregnantemente la tutela degli inviolabili principi costituzionali di uguaglianza e di giustizia sostanziali»[76].

---

[72] È la stessa Corte ha evidenziare che i vizi di legittimità costituzionale rappresentati dal giudice remittente sembrano essere preordinati a sindacare «il merito della scelta politica effettuata dal Governo per fronteggiare la crisi delle Banche venete e non la legittimità costituzionale della disciplina in concreto adottata». Considerato in diritto, n. 7.2.1.

[73] Considerato in diritto, 7.4.10.

[74] A. URBANI, *La cessione ex lege n. 121/2017 e la posizione degli azionisti delle due 'Banche Venete' poste in liquidazione coatta amministrativa*, *op. cit.*

[75] C. DELLA GIUSTINA, P. de GIOIA CARABELLESE, *Le banche venete al vaglio della Corte costituzionale*, *op. cit.*

[76] E. CACCIATORE, *Riflessioni sull'efficacia verso i terzi del contratto di cessione previsto dal Decreto "Salva Banche Venete*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 4/2018, p. 6.
Oltre a questo è stato sottolineato che la Costituzione italiana tutela la libertà contrattuale preordinata all'esercizio dell'iniziativa economica a condizione che la medesima iniziativa economica riceva la medesima protezione. V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, relazione al convegno *Immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari futuri*, Pisa, 1/3.3.2001.

ISSN 2036-7821

È proprio la molteplicità delle disposizioni costituzionali che si ritengono essere state violate che rendeva di estrema urgenza una presa di posizione da parte della Corte costituzionale[77]. Questa affermazione viene corroborata dall'essere il decreto-legge n. 99/2017 un decreto-legge-provvedimento. La sua natura, ascrivibile al *genus* più ampio delle leggi-provvedimento, lo espone a un maggior rischio di incostituzionalità[78], imponendo dunque al Giudice delle Leggi di svolgere il proprio giudizio utilizzando quale parametro il cd. «scrutinio stretto»[79].

Con riferimento a Veneto Banca e Banca Polare di Vicenza, l'articolato normativo cui fare riferimento è il decreto-legge n. 99/2017[80] che ha conferito incarico al Ministero dell'Economia e delle Finanze di porre in essere la liquidazione coatta amministrativa delle due banche cedenti nonché di autorizzare le banche in l.c.a. a continuare la loro attività di impresa «senza necessità di acquisire autorizzazioni o parere dalla Banca d'Italia o del comitato di sorveglianza» nonché di «disporre che i commissari liquidatori procedano alla cessione»[81].

---

[77] P. de GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *Il decreto-legge "salva banche" al vaglio della Corte Costituzionale, op. cit.*

[78] È stato sottolineato che, qualora venisse costituzionalizzato il principio del giusto procedimento amministrativo esso produrrebbe due effetti in relazione alle leggi-provvedimento: la illegittimità costituzionale di esse, anche con riferimento a quelle statali, e la marginalizzazione, se non eliminazione, della problematica. B. G. DI MAURO, *Una nuova stagione per le leggi provvedimento? Le leggi provvedimento nel panorama sociale e giuridico italiano dalla prospettiva dei diritti: dall'erosione del sindacato stretto di costituzionalità alla slatentizzazione della riserva di amministrazione?*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 2/2021, pp. 315-316. In altri termini, «è come se vi fosse un doppio livello di astrazione: un primo, secondo cui le leggi-provvedimento sono intrinsecamente sospette, ed un secondo, che disinnesca il primo, che si fonda sull'idea per cui non vi è limite sostanziale alla funzione legislativa e, dunque, all'ammissibilità delle leggi-provvedimento». A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, in *Gruppo di Pisa*, n. 3/2015, p. 24.

[79] C. DELLA GIUSTINA, *Legge-provvedimento e difetto assoluto di giurisdizione per il giudice amministrativo. Il diritto di difesa nel sistema delle leggi provvedimento tra orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Amministrativ@mente*, n. 3/2022, pp. 223-258.

[80] Decreto-legge 25.6.2017 n. 99, G.U. Serie Generale n. 146 del 25.6.2017, convertito in L. 31.7.2017, n. 121, G.U. 8.8.2017, n. 184.

[81] Si tratta dell'art. 2. Si deve precisare che la liquidazione delle due banche venete non ha seguito le regole contenute negli art. 80 e ss t.u.b. ossia della tradizionale lca poiché la Commissione ha autorizzato la concessione a favore di detti istituti di «aiuti alla liquidazione». Essi si concretizzano in forme di sostegno statali inserite in una «liquidazione ordinata» ossia «una procedura liquidatoria sottoposta sia all'autorizzazione che al monitoraggio della Commissione europea finalizzata il più possibile alla vendita di rami dell'attività o di attivi mediante un processo concorrenziale», ed il cui ricavato è destinato al «pagamento dei costi di liquidazione». I. MECATTI, *Il decreto salva risparmio*, in *Riv. dir. banc.*, 2017,p. 13.

Questa liquidazione si articola nel modo seguente. In primo luogo la parte non deteriorata dei due istituti è stata ceduta a banca Intesa a fronte di un corrispettivo simbolico di 1 euro. Intesa ha dovuto fornire quale anticipo «al commissario liquidatore le spese necessarie per il funzionamento della procedura di liquidazione coatta amministrativa, incluse le indennità spettanti agli organi liquidatori». Comunicato stampa di Intesa San Paolo del 26.6.2017, in In secondo luogo l'aiuto di Stato è stato duplice ossia «1) un intervento per cassa pari a circa 4,8 miliardi di euro, di cui 3,5 a copertura del fabbisogno di capitale generatosi in capo a Intesa in seguito all'acquisizione della "parte buona" delle banche in lca, e 1,3 miliardi volti a sostenere le misure di ristrutturazione aziendale che la cessionaria dovrà attivare per rispettare gli impegni assunti quali condizioni per l'aiuto ottenuto ; 2) rilascio delle

ISSN 2036-7821

L'articolo che contiene maggiori profili di potenziale illegittimità costituzionale è l'art. 3, comma 1, lett. c.) che delimita l'oggetto della cessione: rimangono escluse[82] «le controversie relative ad atti o fatti occorsi prima della cessione, sorte successivamente ad essa, e le relative passività». Apparentemente, dunque, verrebbe azzerata la possibilità per i clienti ceduti di azionare nei confronti del cessionario eventuali ragioni di credito collegate agli elementi trasferiti sia che si tratti di rapporti contrattuali in corso oppure posizioni attive o passive isolate riferibili a operazioni esaurite o in essere. L'effetto pratico è quello di impedire la tutela dei diritti prendendo quale riferimento un termine temporale definito arbitrariamente ed *ex post* dal legislatore "dell'emergenza"[83].

Qualora si volesse accogliere il disposto della disposizione in questione si ammetterebbe, sostanzialmente, l'esistenza di una specie di «sanatoria in favore del soggetto cessionario di tutte le anomalie suscettibili di intaccare, in un modo o nell'altro, la pienezza delle posizioni o dei rapporti ceduti, come rappresentati nel

---

garanzie sia sul credito che banca Intesa vanta nei confronti delle banche in l.c.a per lo sbilancio di cessione. In sostanza, i costi dell'operazione sono tutti garantiti dall'intervento statale». Banca d'Italia, Informazioni, La crisi, sez. III, par. 1. I. MECATTI, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della lca delle banche venete per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente,* in *Banca, Borsa Titoli di Credito*, fasc. 6/2019, pp. 784-815. Infine la cessione è stata oggetto di una disciplina speciale sia per quanto attiene all'ambito procedurale che al perimetro oggettivo della cessione. Al primo non si applicano: l'art. 58 t.u.b, comma 1,2,3,4,5,6 e 7 e nemmeno l'art. 90 t.u.b., comma 2. Per quanto concerne il perimetro della cessione è previsto che «le disposizioni del contratto di cessione hanno efficacia verso i terzi a seguito della pubblicazione da parte della Banca d'Italia sul proprio sito della notizia della cessione, senza necessità di svolgere altri adempimenti previsti dalla legge, anche a fini costitutivi, di pubblicità notizia o dichiarativa, ivi inclusi quelli previsti dagli articoli 1264,2022,2355,2470,2525,2556 e 2559, primo comma, del codice civile)». Si sottolinea che la Commissione europea ha ritenuto conformi alla disciplina europea gli interventi statali in quanto gli stessi risultano essere compatibili con la normativa in materia di concorrenza perché i possessori di azioni e obbligazioni subordinate hanno contribuito ai costi del risanamento riducendo quindi l'onere di intervento per lo Stato. La Commissione ha sostenuto altresì che il soggetto acquirente è stato scelto a seguito di una procedura aperta, equa e trasparente gestita *in toto* dalle autorità italiane che hanno proceduto alla vendita degli *asset* secondo la miglior offerta ricevuta. Commissione Europea, *State aid: Commission approves aid for market exit of Banca Popolare di Vicenza and Veneto Banca under Italian insolvency law, involving sale of some parts to Intesa Sanpaolo*, Press Realese, Brussels, 25.6.2017. M.R. FARINA, *La soluzione della crisi delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo d'insieme*, in *Innovazione e diritto*, n.2/2018, pp.1-30.

[82] Oltre alle controversie rimangono esclusi «a) le passivita' indicate all'articolo 52, comma 1, lettera a), punti i), ii), iii) e iv), del decreto legislativo 16 novembre 2015, n. 180; b) i debiti delle Banche nei confronti dei propri azionisti obbligazionisti subordinati derivanti dalle operazioni di commercializzazione di azioni o obbligazioni subordinate delle Banche o dalle violazioni della normativa sulla prestazione dei servizi di investimento riferite alle medesime azioni o obbligazioni subordinate, ivi compresi i debiti in detti ambiti verso i soggetti destinatari di offerte di transazione presentate dalle banche stesse». L'interno del legislatore è stato quello di prevenire la sopportazione da parte della banca cessionaria di controversie relative a condotte di *mis-selling* o di altro tipo ignote al momento della cessione. I. MECATTI, *La responsabilità dell'ente ponte per le pretese risarcitorie degli azionisti di banche sottoposte a risoluzione*, in *Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, n. 5/2018, pp. 2610-2639.

[83] Si tratterebbe quindi di un effetto della mancata contestazione anteriore al contratto di cessione. A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *«Banche Venete» e problemi di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017,* in *Riv. dir. banc.*, 7/2017, p. 8, nota 1.

ISSN 2036-7821

negozio di cessione»[84]. Oltre a questo, deve osservarsi che «la circolazione dell'obbligo o del diritto soggettivo non è transito di cose dall'uno all'altro titolare, ma circolazione di contenuti di disciplina, cioè di quelle norme o clausole idonee a lasciare il vecchio titolare e ad investire il nuovo»[85]. È evidente, quindi, che il cessionario subentra in una determinata disciplina, sia essa legale o pattizia, la quale ha lo scopo di determinare in maniera concreta l'assetto del rapporto[86].

Proprio a partire dalla disposizione appena menzionata, parte della dottrina ha ravvisato la violazione degli art. 3, 24 e 47 Cost. È stata ritenuta la violazione del principio di uguaglianza in quanto la disciplina legislativa introduce una disparità di trattamento fondata esclusivamente sulla data di avvio della contestazione[87]. Questa previsione ha dei riflessi anche sull'art. 24 Cost. in quanto viene precluso al cliente la possibilità di agire giudizialmente per difendere i propri diritti. Infine, verrebbe altresì violato l'art. 47 Cost. poiché questa disparità di trattamento determinerebbe una perdita totale rispetto a quei clienti che, nonostante siano legittimati ad agire giudizialmente, sono stati meno celeri a incardinare un'azione giudiziale per tutelare i propri diritti[88].

Una interpretazione opposta, accolta dalla sentenza 225/2022 della Corte costituzionale, ritiene che il decreto-legge n. 99/2017 non possa definirsi illegittimo costituzionalmente per due motivi essenzialmente. In primo luogo, lo stesso è stato emanato allo scopo di evitare che la crisi di due istituti di credito si trasformasse in un pericolo generale per il sistema bancario nazionale. Questo avrebbe significato non tutelare il diritto costituzionalmente garantito alla tutela del risparmio. In secondo luogo, è stato sostenuto che l'impedire il tracollo degli istituti di credito sarebbe stato funzionale anche a impedire un importante sacrificio al diritto al lavoro ex art. 4 Cost.[89] alla luce del numero elevato di lavoratori impiegati presso le due

[84] U. MINECCI, *Sull'art. 3, comma 1 lett. C del d.l. n. 99/2017: una soluzione pro banca costituzionalmente fragile,* in *Rivista di Diritto Bancario*, fasc.3/2017, p.254.

[85] N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico,* in M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici* Torino, 2000, p. 17.

[86] S. D'ANDREA, *Azione di risoluzione per inadempimento e cessione del credito,* in *Riv. dir. priv.*, 1997,532. A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti,* in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. II, 1988, p. 297; P. PERLINGIERI, *Modi della estinzione della obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario SB,* 1974, p. 40.

[87] Parte della dottrina ha sostenuto che detta lesione si concretizza sulla «materia della tutela del risparmio, di cui all'art. 47 Cost., per negare tutela al soggetto programmaticamente protetto dalla norma della Carta fondamentale». A.A. DOLMETTA - U. MALVAGNA, «*Banche venete» e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017,* in Rivista di Diritto Bancario, fasc. 3/2017, p. 308.

[88] U. MINECCI, *Sull'art. 3, comma 1 lett. C del d.l. n. 99/2017: una soluzione pro banca costituzionalmente fragile, op., cit.*, pp. 253-259. L'autore sostiene che la tecnica normativa utilizzata dovrebbe essere considerata inedita in quanto la stessa ha inciso «ortopedicamente sul regime dei rapporti contrattuali e delle attività e/o passività transitati in capo alla banca cessionaria, per disattivarne tutti quei risvolti in grado di modificare, a vantaggio del cliente, i saldi risultanti dal negozio di cessione».

[89] Questa riflessione si fonda su quanto sostenuto dalla Consulta secondo cui «dal primo comma dell'art. 4 della Costituzione si ricava che il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, é da considerare quale fondamentale

ISSN 2036-7821

banche. In altri termini la tesi sostenuta da detta dottrina è che lo scopo perseguito dal decreto-legge n. 99/2017 sia stato quello di «creare con la massima urgenza le condizioni affinché si renda economicamente possibile che un nuovo soggetto bancario possa realizzare la continuazione dell'attività bancaria la quale, altrimenti, con la sopravvenuta liquidazione sarebbe dovuta essere immediatamente interrotta con gravissime, non sostenibili conseguenze pregiudizievoli per l'intero sistema bancario ed economico del Paese ed assolutamente intollerabili per la popolazione e le imprese che si trovano nel territorio di prevalente insediamento delle due aziende bancarie»[90].

Alla luce di quanto riportato, dunque, il tutto si gioca sulla definizione di un bilanciamento tra due interessi contrapposti: diritto al lavoro[91] e necessità di assicurare la stabilità finanziaria a livello nazionale[92], da una parte, e tutela del diritto al risparmio e del diritto di difesa dall'altra parte. Se si assume quale riferimento un'esperienza di diritto comparato, si nota come la delimitazione all'esercizio del diritto di difesa, sempre con riferimento alla gestione dello stato di crisi di un istituto di credito, sia stata ritenuta illegittima.

---

diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino - l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento - fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo - il cui adempimento é ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto - di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro». Corte Cost., 9.6.1965, n. 45.

[90] P. BONETTI, *Brevi note sui profili costituzionali dell'interpretazione conforme del decreto-legge n. 99/2017 sulla liquidazione coatta amministrativa di due banche venete*, in *Rivista di Diritto Bancario*, fasc. 10/2018, p. 15.

[91] Rispetto a esso è indiscussa la sua centralità proprio grazie alla sua 'posizione di geografia costituzionale', ossia art. 1, 3 comma 2, 4 Cost. e nel Titolo III che risulta corroborata dalla considerazione secondo cui il diritto al lavoro è non solo il «segno distintivo dello sviluppo della personalità dell'uomo» ma anche «il più idoneo ad esprimere il pregio della persona». P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 103; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, pp. 156-157. Più in generale, cfr. M. OLIVETTI, *Art. 1*, in A. BIFULCO, M. CELOTTO, M. OLIVETTI, (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 33; G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino 2013, pp. 20-21; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 3/2010, pp. 634-640; G. SILVESTRI, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Il sindacato e la riforma della Repubblica*, Roma, 1997, p. 76; R. NANIA, *Riflessioni sulla "Costituzione economica" in Italia: il "lavoro" come "fondamento", come "diritto", come "dovere"*, in E. GHERA, A. PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, 2009, p. 68.

[92] In relazione a tale concetto, fatto proprio dai Giudici di Palazzo Spada, è stato precisato che «lascia poi perplessi il fatto che il Consiglio di Stato abbia ravvisato nella stabilità del sistema finanziario un nuovo principio fondante tanto della BRRD quanto del diritto europeo. In relazione a ciò, i massimi giudici amministrativi hanno ritenuto che la tradizione costituzionale italiana di cui all'art. 47, Costituzione, dovesse cedere il passo a tale nascente principio fondante». P. de GIOIA CARABELLESE, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 6/202, p. 454.

ISSN 2036-7821

Il riferimento va alla pronuncia della Corte costituzionale austriaca circa il salvataggio della *Hypo Group Alpe Adria*[93]. Nel ragionamento della Corte austriaca, la limitazione di un diritto da parte del legislatore, che nel caso di specie era il diritto di proprietà, può ritenersi legittima a condizione che sia proporzionata e ragionevole rispetto all'interesse pubblico concreto che si intende perseguire.
Il problema della delimitazione del diritto di difesa è da riferire alla violazione non solo dell'art. 24 Cost. ma anche della normativa sovranazionale, cioè, artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il comma 1 di tale previsione, infatti, stabilisce che: «ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo». A questo si deve aggiungere che nel caso "Johnston"[94] la Corte di Giustizia Ue[95] ha attribuito al principio della tutela giurisdizionale effettiva[96] valenza di principio generale dell'ordinamento dell'Unione, il cui contenuto è da ricondurre agli articoli 6 e 13 della Cedu.
Per poter entrare nel merito del bilanciamento tra principi costituzionali, è necessario definire del diritto di difesa[97] e di tutela del risparmio per poterli appunto bilanciare

[93] Corte cost. austriaca, 28 luglio 2015 (sentenza G.239/ 2014 UA, V14/2015 UA).

[94] In esso la Corte di Giustizia ha precisato che l'effettività della tutela giurisdizionale esprime un principio giuridico generale che entra nell'ordinamento europeo in forza delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e quale diritto enunciato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

[95] Corte giust. 15 maggio 1986, causa C-222/84. Nella giurisprudenza successiva, la Corte di Giustizia ha definito il principio di effettività della tutela giurisdizionale come diritto a garantire una protezione adeguata della situazione soggettiva lesa, e ciò a mezzo di un rimedio congeniale al soddisfacimento delle esigenze del singolo. Corte giust. 15 ottobre 1987, Heylens, causa C-222/86; Corte giust. 13 dicembre 1992, Borelli, causa C-97/91; Corte giust. 27 novembre 2001, Commissione c. Austria, causa C-424/99.

[96] Il principio di effettività della tutela giurisdizionale rinviene la propria fonte in ambito nazionale negli artt. 24, 103, 113 Cost. e nell'art. 1 c.p.a. nonché in ambito sovranazionale negli artt. 19 TUE, 263 TFUE e 6 CEDU. Tale principio impone all'ordinamento giuridico italiano di approntare un bagaglio di tutele processuali idonee ad assicurare una protezione pienamente satisfattiva alle situazioni soggettive, nazionali ed europee, lese da atti dei pubblici poteri. G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, n. 22/2017, pp. 1- 30.

[97] Come osservato da attenta dottrina tutto il sistema della Direttiva BRRD sembra realizzare una compressione dell'esercizio del diritto *de qua*. A tal proposito: «l'Autorità di risoluzione gestisce, nello scenario della *BRRD*, un dissesto o un rischio di dissesto dell'intermediario. Quale risultato di ciò, le proprie decisioni fanno leva su criteri, regole e canoni propri di conoscenze specialistiche. *Ergo*, la scienza giuridica cede il passo alla discrezionalità tecnica. Alla luce di ciò, al fine di cogliere come il giudice amministrativo possa ed intenda esercitare le proprie prerogative sul tema, il punto di partenza è proprio la particolare natura dell'*agere* amministrativo nel tema generale del risanamento e risoluzione degli enti in crisi. Siffatto modus operandi amministrativo influenza in maniera rilevante il modello del sindacato giurisdizionale sugli atti che vengono posti in essere conseguentemente. L'orientamento giurisprudenziale che emerge in Italia sul tema di sindacato del giudice amministrativo in relazione ai poteri che l'Autorità nazionale eserciti quale *resolution authority* è che tali poteri siano riconducibili alla discrezionalità tecnica. In relazione a ciò, tali atti sono impugnabili esclusivamente per manifesta illogicità, nell'ambito della figura generale dell'eccesso di potere (…) per poter dire che i diritti

ISSN 2036-7821

con il diritto al lavoro e alla stabilità finanziaria della Repubblica. Con riferimento al diritto di difesa, esso è stato definito dalla dottrina quale «super diritto costituzionale»[98] che richiede di essere tutelato in modo privilegiato a eccezione dell'ipotesi in cui venga dimostrato «che la spinta del valore antagonista è talmente 'necessitata' nel gioco degli equilibri costituzionali che neppure una libertà inviolabile come, appunto, il diritto di difesa, riesce a resistere in pieno»[99].

Declinato nel processo civile, trattare di effettività della tutela[100] impone di suddividere l'analisi in due momenti: uno antecedente da riferire al diritto di accesso a un giudice e uno successivo che attiene, da un punto di vista astratto, alla coincidenza[101] tra tutela ed efficienza[102] della giurisdizione.

L'accesso alla tutela giurisdizionale può essere limitato dal legislatore statale a condizione che questo non si traduca nell'imposizione di oneri o di condizioni[103] che, all'atto pratico, rendono impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o della relativa attività processuale[104].

In altri termini, «la ritenuta prevalenza di interessi giudicati superiori dal legislatore sostanziale è sindacabile, almeno in linea generale, e non solo sotto il profilo della razionalità della scelta normativa, ma anche sotto il profilo della compatibilità con l'art. 24 cost., nonché col più generale contesto, rappresentato dall'ordinamento internazionale, nel quale il nostro si inscrive. Il che non significa voler predicare l'incostituzionalità ad ogni costo dell'esclusione della forma di tutela, ma soltanto

---

fondamentali, come quelli dei creditori, sono stati violati, non è sufficiente dire che le procedure giudiziali sono state sostituite da procedure amministrative fuori dalla corte. Più nello specifico occorre valutare se c'è un livello adeguato di base legale per l'intervento amministrativo. Ciò che si stenta tuttora dimostrare». P. de GIOIA CARABELLESE, *Bail-in e tutele amministrative*, in *Le Società*, n. 4/2020, p. 460 e 463.

[98] O. MAZZA, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 683.

[99] A. SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, 2001, p. 46.

[100] Secondo la tesi di Chiovenda il processo deve fornire al titolare di una posizione giuridica soggettiva "tutto quello e proprio quello" che il diritto sostanziale gli riconosce. G. CHIOVENDA, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, pp. 99 ss.

[101] Può sussistere un contrasto qualora sussista il timore di abuso del processo o nell'ipotesi in cui 'la giustizia' può essere considerata una risorsa scarsa.

[102] Essa è condicio sine qua non dell'effettività della tutela, tuttavia quest'ultima può pregiudicare l'efficienza qualora il numero di domande incardinate vada a sovraccaricare il sistema di accesso alla giustizia. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Riv. AIC*, n. 4/2014, p. 4.

[103] "L'art. 24 Cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale".

[104] P. de GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *Il decreto-legge "salva banche" al vaglio della Corte Costituzionale, op. cit.*

ISSN 2036-7821

ricordare che il diritto ad un rimedio effettivo è parametro sul quale misurare la costituzionalità della norma»[105].

Per quanto attiene al diritto sancito dall'art. 47 Cost. ci si trova dinnanzi a una norma di difficile interpretazione a causa della sua genericità. Le formule linguistiche utilizzate dall'Assemblea Costituente, infatti, non solamente risultano essere evanescenti ma ne rendono difficoltosa, altresì, la relazione con altri istituti della Costituzione economica[106] rispetto ai quali è necessario operare un'azione di bilanciamento[107]. Sulla scorta del dettato dell'art. 47 Cost., infatti, sembra che oggetto di protezione non sia il risparmio in sé e per sé considerato ma il suo essere in correlazione con il credito.

L'espressione «tutela del risparmio» è stata interpretata da parte della dottrina come riferita esclusivamente all'esercizio dell'attività bancaria e, anzi, che «costituzionalizza» la legge bancaria del 1936[108].

Altra parte della dottrina sostiene come necessaria un'interpretazione evolutiva dell'art. 47 Cost. alla luce della sussistenza di un mercato mobiliare di grandi dimensioni nel quale si negoziano delle quote crescenti di risparmio. Alla luce di ciò, riferire l'espressione «in tutte le sue forme» solamente al risparmio bancario[109] non sembra essere rispettoso della lettera della disposizione costituzionale. In assenza di una interpretazione da parte della Corte costituzionale la dottrina si è divisa tra chi ha riferito questa formulazione sia al risparmio inteso in senso statico sia in senso dinamico sia, infine, all'investimento in strumenti finanziari[110].

---

[105] R. ORIANI, Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, Napoli, 2008 pp. 55 ss.; I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2/2016, pp. 209 ss.

[106] F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1980, pp. 153-157. In dottrina è stato sostenuto che la tutela del risparmio non deve essere interpretato come un "valore costituzionale isolato" ma quale valore che emerge da un sistema complesso che, per il tramite delle disposizioni contenute nella Costituzione economica, che produce dei riflessi sul rapporto risparmio-credito, sulla liquidità monetaria e su altre fondamentali disposizioni costituzionali come l'art. 36, l'art 53 e l'art. 81 Cost.

[107] M. MIDIRI, *I rapporti economici nella Costituzione italiana*, in G. LEMME (a cura di), *Diritto ed economia di mercato*, Padova, 2014, pp. 97 ss.: l'Autore evidenzia che nelle costituzioni pluraliste i principi e i beni tutelati non sono organizzati secondo un ordine gerarchico ma sono posti uno accanto all'altro.

[108] M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.

[109] La dottrina che sostiene questo approccio approda alla conclusione secondo cui l'art. 47 Cost. nel momento in cui tutela il risparmio e disciplina il credito perseguirebbe quale vero obiettivo quello della tutela della moneta e, precisamente, della moneta bancaria rappresentata dai crediti a vista che i depositanti possiedono nei confronti delle banche depositarie e che possono utilizzare quali strumenti di pagamento. F. MERUSI, *Commentario della Costituzione*, sub *art. 47*, Roma, *Il Foroit*., 1980.

[110] È stato chiarito da parte della dottrina che tutelare il risparmio in tutte le sue forme non può essere riferito all'operazione di investimento finanziario per diversi motivi. In primo luogo esso rappresenta solamente una delle possibili forme di risparmio da definirsi come eventuale e successivo. In secondo luogo, stando alla lettera dell'art. 117, comma 2, il legislatore ha distinto chiaramente tra moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari. Infine se si analizza la legge bancaria del 1936 il risparmio veniva interpretato come indirizzato verso depositi, buoni fruttiferi postali e titoli di stato quindi verso forme di investimento del risparmio da ritenere prive di rischio.

ISSN 2036-7821

L'espressione appena menzionata dovrebbe comprendere «tutti i risparmi che affluiscono al mercato finanziario, ossia bancario, mobiliare, assicurativo e previdenziale»[111] posto che tutti questi devono essere ammessi a godere della tutela sancita dall'art. 47 Cost[112].

Prendendo le mosse da questo assunto, autorevole dottrina[113] giunge a sostenere che al risparmio possa essere accordata protezione costituzionale solamente se interpretato come strumento necessario per l'esercizio dell'attività economica e, di conseguenza, come indispensabile per il benessere della collettività[114]. A ciò si deve aggiungere che la protezione costituzionale deve essere assicurata «nella misura in cui costituisce uno strumento per il funzionamento dei mercati e, quindi, per il finanziamento dell'economia reale»[115].

Se si analizza la giurisprudenza costituzionale[116], emerge l'assenza di un diritto costituzionalmente protetto a che l'ordinamento incoraggi e tuteli il risparmio posto

---

[111] Sul punto è stato sostenuto che la disposizione debba essere riferita, almeno all'inizio, solamente al settore bancario e non a quello finanziario: il testo originario della norma, infatti, era formulato in tal senso «la Repubblica tutela il risparmio: disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito». Proposta fu avanzata dal costituente Marinaro nella seduta del 16 ottobre 1946, in A.C., VIII, 2284

[112] R. COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca, Impresa e Società*, fasc. 3/2018, p. 395.

[113] *Ibidem*.

[114] In questo senso viene inteso che la tutela è meritevole nell'ipotesi in cui il risparmio affluisce, ad esempio, alle imprese del terzo settore, anche nell'ipotesi in cui le stesse non dovessero assumere la forma dell'impresa.

[115] R. COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47, op., cit.*, p. 396.

[116] Ci si riferisce alla sentenza 143/1995 della Corte costituzionale nella quale si legge che l'art. 47 Cost. «contiene soltanto un principio programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore ordinario, ma non può certo impedire al medesimo di emanare, in materia finanziaria, quelle norme giuridiche che siano volte a disciplinare il gettito delle entrate, con l'unico limite della vera e propria contraddizione o compromissione dell'anzidetto principio». Da questo discende il carattere programmatico della norma, altrimenti definibile come «direttiva costituzionale». L'idea secondo cui l'art. 47 Cost. deve essere considerata come norma programmatica è da far risalire ai primi interpreti: essi ritenevano che la disposizione costituzionale in questione fosse "un'enunciativa generica dei principi della legge bancaria" o una "norma programmatica di contenuto generale" priva di una particolare precettività posto che non era presente l'indicazione di una finalità perseguita tramite la stessa o di un indirizzo idoneo a vincolare il legislatore. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 54. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1962, p. 357. Altra parte della dottrina ha evidenziato come l'art. 47 Cost. dovrebbe possedere carattere precettivo da cui discenderebbe l'illegittimità costituzionale di qualunque norma ordinaria che dovesse violarla prescindendo da altri fattori che ne vedano l'applicazione. Viene altresì aggiunto che, secondo autorevole dottrina, l'art. 47, comma 1, Cost. non possa integrare un principio supremo dell'ordinamento giuridico; da questo deriva che «vigenti, anche per l'influenza delle norme comunitarie, dettino una disciplina che favorisce e tutela il risparmio, soltanto come conseguenza indiretta dell'efficienza e della stabilità dei mercati; obiettivi questi ultimi il cui raggiungimento può comportare il sacrificio proprio del risparmio. Il che è possibile perché il 1° comma dell'art. 47 non detta un "principio supremo" della nostra costituzione». R. COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47, op., cit.*, p. 402. Sempre nel dibattito sorto circa la definizione dell'art. 47 Cost. come norma precettiva o programmatica, altra autorevole dottrina ha evidenziato che «in ogni caso, mi pare noi oggi potremmo solo con fatica continuare a sostenere – se non con qualche imbarazzo – è che l'art. 47 della Costituzione si limiti a contenere norme meramente "programmatiche", vale a dire generici indirizzi per il legislatore e auspicii privi di

ISSN 2036-7821

che la disposizione del primo comma dell'art. 47 Cost. non attribuisce ai risparmiatori un diritto a pretendere dal legislatore ordinario norme che incoraggino[117] e tutelino il risparmio. Il destinatario di detto precetto risulta essere «la Repubblica» la quale, a sua volta, deve adempiere a non dettare norme contrastanti con la tutela del risparmio.

La tesi poc'anzi esposta risulta essere confermata anche dal fatto che al risparmio non venne attribuito lo *status* di diritto soggettivo da riconoscere in capo ai singoli consociati e qualificato come indisponibile alla stregua dei diritti fondamentali dell'uomo o dei diritti politici[118]. Di conseguenza, i Costituenti non ritennero di dover accordare una protezione *ad hoc* all'art. 47 Cost. rapportato al risparmio improduttivo e fermo in quanto, la ricchezza che veniva messa da parte, avrebbe ricevuto la protezione accordata dall'art. 42 Cost. al diritto di proprietà.

Da qui è stato osservato che il risparmio in senso economico, inteso come invito alla parsimonia, al non consumo e alla riduzione della domanda, deve essere interpretato come estraneo all'incoraggiamento contenuto nell'art. 47 Cost. Quest'ultimo, infatti, non allude a un concetto di staticità ma ad un approccio dinamico. Il primo, approccio statico, risulta essere contrario all'intero impianto delle disposizioni costituzionali, mentre, il secondo, approccio dinamico, inserisce il risparmio stesso all'interno dell'intero ciclo economico.

7. Raccordo finale: il bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti

È proprio la tematica del bilanciamento tra diritti[119] che dimostra la portata pubblicistica della riflessione sviluppata. Apparentemente, infatti, le procedure di risoluzione delle crisi bancarie sembrerebbero appartenere al ramo del diritto bancario puro. Tuttavia, nel momento in cui si discorre di bilanciamento tra principi

indicazioni dirette, e soprattutto efficaci, nella concreta esperienza degli operatori e degli interessati». P. GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 47 della Costituzione, Lectio Magistralis*, Roma, Palazzo Altieri, 19 maggio 2017, in «*Bancaria*», n. 6/2017, pp. 1 ss.

[117] In relazione al significato da attribuire al verbo "incoraggiare", si rinviene in dottrina l'interpretazione secondo cui «l'azione di incoraggiamento e di tutela che la Repubblica deve intraprendere è a favore di qualunque sottrazione al consumo che un privato individuo (persona fisica o associazione lecita non riconosciuta) compie liberamente e in forma monetaria del suo reddito per la soddisfazione di bisogni futuri». S. ORTINO, *Banca d'Italia, e Costituzione*, Pisa, 1979, p. 123.

[118] S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2a ed., 2000, Roma-Bari, p. 21.

[119] Con l'espressione "bilanciamento" si allude a una attività finalizzata alla composizione di differenti valori costituzionali che apparentemente sembrano essere in contrasto. L'operazione di cui si tratta, più precisamente, persegue due differenti obiettivi: riconoscere la superiorità di un valore rispetto ad un altro e verificare se la scelta dell'organo legislativo non vada a sacrificare un modo eccessivo l'interesse non riconosciuto quale oggetto di tutela. A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità – Ordinamento italiano*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVIII, 1991, pp. 23-30.

ISSN 2036-7821

costituzionali appare lapalissiana la portata non solo pubblicistica ma addirittura filosofica del micro sistema normativo in parola[120].

A ciò si deve aggiungere che la gestione del dissesto, o del rischio di dissesto, degli istituti bancari rientra, a sua volta, in una ancora più ampia tematica, cara tanto alla riflessione filosofica quanto a quella pubblicistica, cioè la definizione e gestione di una situazione di emergenza.

Per quanto concerne il primo aspetto, bilanciamento dei diritti, si rammenta che da sempre la Corte costituzionale italiana ha assunto un atteggiamento di prudenza circa la definizione di una "scala di valore" tra interessi costituzionali.

L'eccezione a questa regola è da riferire ai principi supremi dell'ordinamento giuridico, ossia, «i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che pur non essendo espressamente menzionati fra quelli assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»[121]. I principi

[120] Si rammenta, infatti, che il bilanciamento rinviene le proprie radici storico-giuridiche nello Stato liberal-democratico nel quale i concetti di legge e Costituzione sono distinti sotto il profilo materiale: la seconda è espressione dei principi e dei diritti fondamentali che impongono di porre in essere un processo aperto e pluralistico al fine di darne attuazione. La legge, dunque, deve essere conforme alle differenti disposizioni costituzionali. Ancora: il bilanciamento sembra alludere a "una capacità, almeno in parte di carattere intuitivo, di individuare una linea di condotta che risponda in modo adeguato alle peculiarità del caso in esame. Nel caso del bilanciamento tra principi in conflitto sembra si possa affermare, la deliberazione giudiziale assume direttamente, senza mediazioni, i tratti del giudizio morale, il giudice si pronuncia per così dire direttamente senza essere soggetto a gran parte dei vincoli che abitualmente orientano la sua decisione su questioni di giustizia. La metafora del bilanciamento insomma suggerisce un'immagine quasi sapienziale della decisione giudiziale". B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. BASCIU, (a cura di) *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, in *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, 2002, pp. 101-142. In tema di bilanciamento cfr. A. MORRONE, *Voce Bilanciamento (giustizia costituzionale)* in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo II, 2008, pp.185-204; H. KELSEN, *Reine Reichtslehere, Lineamenti della dottrina pura del diritto*, Torino, 1952; G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia costituzionale*, Bologna, 1981; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto pubblico*, 1998, pp. 651 ss.; M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio della ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993. Sul concetto di valore e di principio il riferimento va necessariamente a R.M. DWORKING, *Takin Right Seriously*, 1977, trad. ita N. MUFFATO *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982; G. CORASANATINI ,*Note in tema di diritti fondamentali*, in *Diritto societario*, 1990.

Ad adiuvandum, nella mitologia greca Dike (*Δίκη*) è la sorella del "buongoverno" (Eunomia) e della "pace" (Irene) rappresentata da una figura femminile che reggeva in mano una bilancia. Le tre divinità sono figlie di Zeus e Themis quest'ultima definita sia come "buona consigliera" sia come "dea profetica". Il rapporto tra queste figure femminili risulta essere esplicato nel modo seguente «Themis come regola stabilita dell'ordine universale, che genera le Ore (il tempo regolato): e cioè Eunomia (le leggi ben regolate), la Pace (la società ben regolata) e Dike, la giustizia (i giudizi ben regolati)». G. MORETTI, *Allegorie della Legge. Prosopopea delle leggi e appello alle leggi personificate. Un topos retorico (e le sue trasformazioni) dal Critone platonico alla tradizione declamatoria*, in G. MORETTI , A. BONANDINI (a cura di), *Persona Ficta: la personificazione allegorica nella cultura antica fra letteratura, retorica e iconografia*, Trento, Dipartimento degli Studi Letterari, Linguistici e Filologici, 2012, p. 57.

[121] Corte cost. n. 1146/1988.

ISSN 2036-7821

supremi sono quei «principi indefettibili e dunque incancellabili senza compromettere il nucleo del sistema medesimo»[122].

Per quanto attiene alla giurisprudenza costituzionale, il caso che ha visto la definizione esatta nel giudizio di bilanciamento costituzionale[123] nell'ordinamento giuridico italiano è la famosa "sentenza Ilva"[124]. Da qui, dunque, l'imperativo che incombe in capo al legislatore di non comprimere in modo eccessivo, al punto da annullare, il nucleo essenziale di uno dei diritti potenzialmente in contrasto.

Posto che tutta la disciplina in materia di Risoluzione delle crisi di dissesto, o rischio di dissesto, degli enti creditizi prevede una decisione di un'Autorità Indipendente[125] a cui deve conformarsi successivamente il legislatore, l'interrogativo che sorge è se codesta limitazione possa ritenersi conforme all'ordinamento costituzionale. A ciò si deve aggiungere l'ulteriore questione circa la legittimità costituzionale delle

[122] A.L. MAZZAROLLI, D. GIROTTI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 193.

[123] Attraverso il giudizio di bilanciamento il giudice costituzionale è chiamato quindi ad applicare la regola concreta nel conflitto tra valori costituzionali nel caso dinnanzi a lui pendente. È richiesto dunque al Giudice delle leggi di rinvenire il punto di equilibrio tra i diversi valori in gioco. La scelta però rischia di sfociare in una decisione di merito politico soprattutto quando le scelte legislative non risultano essere esplicate e ragionevoli in maniera sufficiente per addivenire ad una conclusione. Se questo rappresenta il rischio è altresì evidente come sia compito della Corte costituzionale entrare nel dettaglio del conflitto esistente tra i valori costituzionali al fine di compiere una duplice operazione. Il giudice costituzionale nel momento in cui deve bilanciare i valori in conflitto e individuare la prevalenza di uno rispetto all'altro deve in prima battuta adottare il test di proporzionalità declinato nei tre diversi passaggi (necessità, sufficienza, proporzionalità). In seconda battuta, deve precisare le condizioni grazie alle quali il conflitto può essere risolto in maniera specifica e dettagliata. Cfr. F. GRASSI, *Il caso ILVA: ancora un conflitto tra legislatore e giudici*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n.2/2015, pp. 187-189; C. DELLA GIUSTINA, *Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana,* in *AmbienteDiritto.it*, fasc. 1/2020.

[124] Corte cost. n. 85/2013, secondo le parole della Consulta: «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono nel loro insieme, espressione della dignità della persona. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretesa di assolutezza per nessuno di essi». Autorevole dottrina ha evidenziato che codesta pronuncia sia esemplificativa del carattere non assoluto dei diritti fondamentali. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana* in *Intervento presentato a incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese*, pp. 1 ss. Da una prospettiva giurisprudenziale d'Oltreoceano, si legge che «le libertà garantite, assicurate dalla Costituzione non determinano l'esistenza di un diritto assoluto da riconoscere a favore di ciascuna persona in ogni momento storico e in qualsivoglia circostanza e completamente libera da qualsiasi restrizione. Sono molteplici i doveri, gli obblighi nonché i vincoli che ogni soggetto deve rispettare per il bene comune» (traduzione non letterale da parte di chi scrive). *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 1905.

[125] L'intervento di esse pone anche un ulteriore e differente aspetto problematico. Si allude al potere riconosciuto all'Autorità Amministrativa di incidere sulle posizioni contrattualistiche dei creditori che si esplica «da un punto di vista contrattualistico, sulla causa del contratto o sul contenuto del rapporto contrattuale stesso posto che i differenti strumenti di risoluzione possono essere interpretati come "schemi negoziali di risoluzione"». P. de GIOIA CARABELLESE, *Bail-in e tutele amministrative*, in *Le Società*, n. 4/2020, p. 4. Più in generale si rimanda a L. DI BRINA, *Risoluzione delle banche e bail-in, alla luce dei principi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Costituzione nazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, fasc. 4/2015, p. 218.

ISSN 2036-7821

violazioni agli artt. 3, 24, e 47 Cost. in un'ottica di tutela della dignità della persona umana in forza dell'art. 2 Cost. Quest'ultima disposizione costituzionale impone di apprestare una tutela alla persona ogni qualvolta sia possibile riscontrare un interesse meritevole di tutela alla luce di una concreta applicazione del principio personalista e solidarista. Questi principi, a loro volta, rappresentano un limite che deve essere rispettato dal legislatore nazionale.

Alla luce dell'ultima tappa di evoluzione del sistema di vigilanza europea[126], parte della dottrina è arrivata ad affermare come con il Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) persegue quale obiettivo quello di superare i singoli stati membri per approdare alla realizzazione di una «unione dal sapore federale». In questo contesto, dunque, «le autorità domestiche non agiscono più nell'interesse nazionale, ma neanche partecipano a una struttura organizzativa finalizzata alla realizzazione di interessi europei»[127].

Si inserisce, dunque, anche in questa ipotesi, la necessità di «prendere la Costituzione sul serio», andando a "sanzionare" il diritto illegittimo. Per tale si deve intendere il diritto che si pone in contrasto con i diritti costituzionalmente stabiliti, o per il risultato di un'azione ovvero di un'omissione[128]. Di conseguenza, l'interrogativo che sorge spontaneo è se alla luce di tutto questo si possa dire rispettato il dettato di cui all'art. 139 Cost., secondo cui la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale.

Come è stato osservato da autorevole dottrina, è proprio nel funzionamento della Repubblica che l'atteggiamento della società svolge un ruolo di nevralgica importanza: «il popolo è chiamato a svolgere ruoli influenti sull'applicazione dei principi e delle regole della Costituzione». L'attenzione deve essere posta sulla tutela

---

[126] Cfr. A. GIANNELLI, P. SFAMENI, *Diritto degli intermediari finanziari e dei mercati finanziari*, Milano, 2013, p. 8. Si veda anche, E.L. CAMILLI, *The governance of EU regulatory powers in the banking sector*, in E. CHITI e G. VESPERINI (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, 2015; L. QUAGLIA, *The regulatory response of the European union to the global financial crisis*, in R. MAYNTZ (a cura di), *Crisis and control. Institutional change in financial market regulation*, Chicago, 2012; S. CASSESE, *La nuova architettura europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, pp. 79 ss.; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002, pp. 44 ss.; C. FRANCHINI, *Le fasi e i caratteri del processo evolutivo dell'organizzazione amministrativa europea*, in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 2017, vol. 27, pp. 375 -383; M. SHAPIRO, *A comparison of US and European independent agencies*, in S. ACKERMAN, P. LINDSETH, B. EMERSON (a cura di), *Comparative administrative law*, Chelthenham-Northampton, 2017, pp. 234 ss.; P. CRAIG, *EU administrative law*, Vol. III, Oxford, 2018, pp. 150-165; G. DAMIEN, *The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience*, in *Columbia Journal of European Law*, n. 1/2005, pp. 215 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, pp. 21-55; E. CHITI, *In the Aftermath of the Crisis–The EU Administrative System Between Impediments and Momentum*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge, 2015, vol. 17, pp. 325-336; C. HARLOW, *Deconstructing Government*, in *Yearbook of European Law*, Oxford, pp. 57 ss.

[127] C. NICOLOSI, *La vigilanza prudenziale e i modelli di integrazione amministrativa europea: dall'agencification a un unicum sovranazionale*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022, pp. 16-17.

[128] L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*, Laterza, 2013, pp. 50 ss.

ISSN 2036-7821

dei diritti e delle libertà, con particolare riguardo ai diritti sociali, proprio alla luce «delle riforme che possono garantirli entro contesti economici internazionali in continua mutazione»[129].

Al momento in cui quasi due lustri fa furono introdotte le Risoluzioni bancarie, molti dubitarono rimasero perplessi in merito all'origine di tali precetti normativi, qualcuno ravvisava un'origine negoziale e anglo-americana di tali nuovi istituti europei[130].

In questa sede si può avanzare la tesi che tali strumenti possano ontologicamente raccordarsi a un concetto di emergenza di natura bancaria, più tecnicamente, la crisi bancaria. Di tal via, gli strumenti di risoluzione bancaria rientrano nel più ampio novero del diritto dell'emergenza. Ciò sembra essere dimostrato dal fatto che, proprio a partire dalla crisi economico-finanziaria del 2007-2008, si sono susseguiti, senza soluzione di continuità, situazioni di emergenza[131]. Il riferimento è, ovviamente, all'emergenza sanitaria del 2020, alla successiva emergenza bellica e, infine, alla crisi energetica. Volendo andare oltre, è possibile che dall'incessante evoluzione e sviluppo tecnologico si possa arrivare, addirittura, a trattare di una nuova epidemia, ossia, quella informatica.

[129] U. ALLEGRETTI, *Forme costituzionali della storia unitaria: monarchia e repubblica*, in *RivistaAIC*, n. 2/2012, p. 27. Si rammenta che nella Costituzione è presente il diritto di resistenza da riferire agli artt. 1,2, 3, comma 2, e 54 Cost. Esso deve essere interpretato come dovere di difendere la Costituzione al fine ultimo di realizzare concretamente non solo lo spirito democratico della Carta Costituzionale ma anche la tutela dei diritti inviolabili. Sebbene tutto questo sia corretto, il diritto di resistenza può essere qualificato come un rebus per l'attività interpretativa del giurista contemporaneo che intenda avere quale stella polare la democrazia. Cfr. F.M. DE SANCTIS, *Resistenza (diritto di),* in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1988, XXXIX, p. 995; F. PIZZOLATO, *Diritto di resistenza, oggi? Partecipazione popolare e veste istituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2021, pp. 136-194; A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del diritto dell'opposizione nello stato costituzionale*, Milano 2006, pp. 267 ss.; C. DELLA GIUSTINA, *Diritto dell'emergenza e ordinamento democratico. Un'analisi di sistema delle emergenze globali tra decisioni politiche e tecniche*, Roma, 2022, pp. 125 ss.

[130] P. de GIOIA CARABELLESE, *Crisi della banca e diritti dei creditori*, *op. cit.*

[131] C. DELLA GIUSTINA, *Legge-provvedimento e difetto assoluto di giurisdizione per il giudice amministrativo. Il diritto di difesa nel sistema delle leggi provvedimento tra orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, *op. cit.*

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

I limiti nell'utilizzo delle decisioni automatizzate e la legalità algoritmica

di Vincenza Dardano

(Dottoranda in Studi Giuspubblicistci presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Il fatto; 2. Le questioni sul tavolo; 3. L'ammissibilità del ricorso agli algoritmi nel settore amministrativo. Quali le garanzie minime?; 4. Il processo di automazione decisionale nella giurisprudenza amministrativa; 5. L'Algoritmo come schema procedimentale moderno, ma vincolato al rispetto dei principi amministrativi; 6. Conclusioni.

Abstract

With sentence no. 7703/2022, the third section of the Campania Administrative Court confirmed the legitimacy of the use of algorithms in the administrative procedure, provided that full knowledge of the algorithm used is ensured - so as to allow full attribution of the deed and consequent responsibilities adoption of the final decision by the body holding power (with guarantee of knowability of the logics that inspired the automated administrative action) - and respect for the principle of non-exclusivity of the algorithmic decision.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Il fatto

Il Giudice amministrativo, con la decisione in commento, torna a pronunciarsi sul controverso tema dell'automazione decisionale che si è affermata nella pubblica amministrazione mediante l'introduzione di algoritmi investiti del potere di adottare determinate decisioni.

La vicenda processuale trae origine dall'annullamento di alcune note con cui l'Agea aveva ricalcolato l'importo già versato a titolo di indennità compensativa per le aziende agricole localizzate in territori montani di cui alla Misura 13.1.1. "Pagamento compensativo per le zone 3 montane", varata nell'ambito del PSR Campania 2014-2020, al fine di compensare almeno parzialmente i costi aggiuntivi ed il mancato guadagno dovuti alla particolare ubicazione dei fondi agricoli.

In particolare, tale indennità era stata originariamente calcolata, in ossequio a quanto previsto dall'art. 6 dei bandi attuativi, sulla base di una procedura di calcolo, con indicazione espressa dell'algoritmo adoperato, specificatamente disciplinato nel bando stesso.

Dunque, nel rispetto di tale metodo di calcolo, Agea aveva determinato per la ricorrente un'indennità per gli anni 2018-2019 pari complessivamente ad euro 43.439,51.

L'Agea, però, aveva proceduto a ricalcolare l'indennità applicando un nuovo e diverso algoritmo di calcolo, riscontrando un eccesso negli importi versati e procedendo al recupero degli importi versati precedentemente.

Chiaramente, la decisione dell'Amministrazione ha generato un'impugnativa al Tar territorialmente competente, con domanda di annullamento delle note adottate dalla stessa Agea all'esito dell'operazione di ricalcolo.

Il ricorrente ha contestato l'utilizzo del diverso algoritmo lamentando la violazione della *lex specialis* e di principi cardine del procedimento amministrativo, quali il principio di motivazione dell'atto amministrativo e la partecipazione al procedimento.

2. Le questioni sul tavolo.

Il *thema decidendum* è calibrato, come anticipato, sulla dibattuta tematica relativa alla ammissibilità della cd. decisione amministrativa algoritmica e alla connessa applicazione dei principi del procedimento amministrativo dettati dalla l. n. 241/90.

Nella comune esperienza, la procedura automatizzata può sia sostituire interamente l'attività amministrativa – dando la stura ad ipotesi nelle quali il funzionario viene integralmente sostituito dall'algoritmo, tanto che si parla di "funzionario digitale"[1] – sia svolgere una funzione strumentale rispetto ad un percorso che contempla comunque l'intervento umano.

[1] F. F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica,* in *La Rivista Gruppo Pisa*, n. 3/2021.

ISSN 2036-7821

A prescindere dall'adozione di un modello decisionale integralmente rimessa all'algoritmo o di un modello che prevede l'intervento umano, il ricorso al procedimento algoritmico può apparire foriero di ricadute positive per l'operato della pubblica amministrazione e per gli stessi cittadini perché, per la prima volta, potrebbe avviarsi un sistema di gestione dei dati e delle informazioni volto ad automatizzare attività ripetitive e standardizzate.

Il Consiglio di Stato[2], già in passato, si è mostrato favorevole all'utilizzo di un procedimento algoritmico che conduca direttamente alla decisione finale, ritenendo che questa tendenza dovesse essere incoraggiata ma sempre nel pieno rispetto dei principi fondamentali su cui si fonda l'ordinamento italiano. È noto, infatti, che il principio di buon andamento dell'azione amministrativa sia comprensivo anche del principio di economicità che impone all'amministrazione un precipuo obbligo di raggiungimento dei fini che le sono propri, con il minor impiego possibile di risorse e mezzi.

Tale pronuncia ha rappresentato una prima importante occasione per dettare una serie di rilevanti condizioni in grado di incidere sulla legittimità dell'atto finale adottato in maniera automatizzata[3].

In dottrina, invece, si è recentemente e proficuamente discusso di "*principio di legalità algoritmica*"[4], con ciò volendo intendere le condizioni che giustificano il legittimo ricorso a tali procedure algoritmiche in modo da garantire i diritti degli amministrati che si confrontano con l'amministrazione digitale chiamata, questa volta, non a erogare servizi burocratici o servizi *on-line*, ma ad esercitare poteri amministrativi idonei ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dei privati[5].

Ebbene, il Tar Campania, sede di Napoli, con la pronuncia in commento, si premura di porre l'accento sull'imparzialità del risultato conseguito mediante l'utilizzo dell'algoritmo, in assenza di elementi soggettivi che possano intervenire ad alterare o mutare il risultato.

Orbene non ci si può non domandare se ciò sia effettivamente conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa – *ex* art. 1 l. 214/1990 – i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione, come visto, impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse.

---

[2] Cons. Stato, VI sez., 8 aprile 2019, n. 2270 *in www.giustizia-amministrativa.it*.

[3] Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, con nota di R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi, note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale, in Dir. amm., 2019, 784 ss.*, nonché di G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio dell'opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 16 gennaio 2020; L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, *in MediaLaws*, n. 1/2020., 18 ss.

[4] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, *in riv Dir. Amm.*, 2020.

[5] F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e Innovazione tecnologica*, in *La Rivista Gruppo Pisa*, n. 3/2021.

ISSN 2036-7821

Certamente, infatti, l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale dev'essere incoraggiato, comportando numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni ripetitive, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza del funzionario e la conseguente maggiore garanzia di imparzialità.
Si pensi, a titolo esemplificativo, alla riduzione dei tempi procedimentali in riferimento a operazioni prive di discrezionalità, consistenti in una sequela di mere ripetizioni. Ma non solo. Invero, anche l'attività amministrativa non vincolata è espressione di un'attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse che richiede una fase di verifica e accertamento dei fini indicati dalla legislazione di riferimento, ben esercitabile mediante l'uso di algoritmi.
Tuttavia, nella pronuncia in commento, il giudice amministrativo non trascura neppure la necessità di controbilanciare l'opposta esigenza di garantire un controllo umano del procedimento in funzione di garanzia, in modo da assicurare che il funzionario, in qualunque momento, possa intervenire per compiere interlocuzioni con il privato e verificare l'esattezza del procedimento. Infatti, la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per poi essere *in concreto* applicata da quest'ultima.
A fronte di tali esigenze contrapposte si pone dunque il quesito della necessità di delineare gli equilibri di diritti, doveri e poteri che si configurano quando è la Pubblica Amministrazione ad agire attraverso algoritmi, ovvero a mediare il proprio rapporto con i cittadini per mezzo di applicazioni e piattaforme informatiche.

3. L'ammissibilità del ricorso agli algoritmi nel settore amministrativo. Quali le garanzie minime?

Il concetto di algoritmo non rappresenta un'acquisizione recente. Se vogliamo inquadrare tale "schema sistematico" sotto un profilo storico, l'algoritmo è stato infatti enucleato nel contesto della matematica araba dell'alto medioevo. Nella sua connotazione pre-tecnologica, esso è identificato in una procedura che conduce alla soluzione di un problema attraverso un percorso formalizzato che si risolve in una sequenza di passaggi precostituiti, ordinati ed univoci, tali da poter essere eseguiti e ripetuti senza margini di scelta arbitraria[6].
È invece nella seconda metà del ventesimo secolo che, con la nascita e lo sviluppo della *computer science*, la nozione di algoritmo ha subìto una parziale traslazione di

[6] Sul punto si vedano L. LOMBARDI VALLAURI, *Neuroni, mente, anima, algoritmo: quattro ontologie, in Id., Logos dell'essere logos della norma*, Bari, 1999, p. 586, A. BALDI, D. MULA, *Responsabilità civile e intelligenza artificiale, in Intelligenza Artificiale*, 2020; G. TADDEI ELMI, A. CONTALDO, *Algoritmi giuridici. Ius condendum o "fantadiritto"*?, Pacini Giuridica Pisa, 2021, p.168, e R. BORRUSO, S. RUSSO, C. TIBERI, *L'informatica per il giurista*, Milano, 2009, p. 207.

ISSN 2036-7821

significato, per cui oggi è divenuto sinonimo di "programma informatico" capace di svolgere solo funzioni precise, sequenziali e univoche[7].

Da tempo ormai, la Pubblica Amministrazione è stata investista dall'innovazione tecnologica, seppur con tempistiche non sempre celeri e con le annesse difficoltà per gli opportuni adattamenti organizzativi.

Invero, i primi interventi legislativi sul tema dell'innovazione tecnologica della P.A. si registrano negli anni novanta del novecento. In particolare, dapprima fu introdotto il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 che si occupava di informatizzazione degli uffici pubblici, disciplinando le modalità di adozione degli strumenti tecnologici da parte degli uffici[8]; poi con la legge 15 marzo del 1997, n. 59, si è ulteriormente rafforzato il rapporto della Pubblica Amministrazione con l'utilizzo della tecnologia, quale strumento di comunicazione con i cittadini in grado di semplificare la fruizione dei servizi burocratici erogati dalla P.A..

Il momento di svolta sotto il profilo normativo è però rappresentato dagli anni duemila, quando la telematica ha avuto un formale riconoscimento nella legge 7 agosto 1990, n. 241, per effetto delle modifiche apportate con la legge 11 febbraio 2005, n. 15: di spiccato rilievo è l'art. 3-*bis*, a mente del quale "*per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati*".

Tale previsione, ha poi trovato un'ampia attuazione per il tramite del Codice dell'amministrazione digitale (CAD), adottato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e modificato più volte, da ultimo attraverso la legge di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni del 7 agosto 2015, n. 124 e con d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 e ancora più recentemente con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (decreto semplificazioni) e il D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108

Significativa a tal riguardo è stata l'introduzione dell'art. 12 del CAD, il quale precisa che "*le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione*".

---

[7] R. BORRUSO, *La legge, il giudice, il computer*, in D. LIMONE (a cura di), *Dalla giuritecnica all'informatica giuridica*, Milano, 1995, p.24.

[8] Art. 1 d. lgs 3 febbraio 1993, n. 29 prevedeva infatti che "*le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. Esse ispirano la loro organizzazione ai seguenti criteri: (..) c) collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna, ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici*".

ISSN 2036-7821

È innegabile, dunque, come le tecnologie dell'informazioni siano progressivamente divenute strumento di agevolazione del rispetto dei principi che informano l'attività amministrativa.

Tuttavia se da un lato sono evidenti le facilitazioni che derivano dalla fruizione, da parte dei cittadini, dei servizi *online* offerti dalle varie amministrazioni, dall'altro va ribadito come l'evoluzione tecnologica non si è limitata all'uso della tecnologia di informazione e comunicazione ma si è spinta fino all'utilizzo di procedimenti amministrativi algoritmici.

Sicché, il superamento del tradizionale modello di esercizio dell'attività amministrativa, fondato sulla prevalente utilizzazione di supporti di tipo cartaceo (c.d. Amministrazione 1.0), non si risolve nel mero impiego di *computer* e altri apparati informatici (c.d. Amministrazione 2.0) o nella fruizione delle risorse digitali offerte dalla rete internet, dalle applicazioni mobili o dagli stessi *social networks* (c.d. Amministrazione 3.0), ma nell'automazione di funzioni precedentemente affidate in via esclusiva alle abilità umane (c.d. Amministrazione 4.0)[9].

Tale ultimo aspetto è quello che, più di ogni altro, connota qualitativamente il mutamento della concezione stessa di algoritmo: da un'applicazione di mero supporto nella fase istruttoria di raccolta e di organizzazione dei dati, gli algoritmi sono sempre più spesso impiegati anche in ausilio - o addirittura in sostituzione - del funzionario nell'assunzione del provvedimento amministrativo finale[10].

L'emergenza pandemica ha poi confermato quanto sia importante per l'Amministrazione detenere, raccogliere e gestire dati esatti, allo scopo di valutare l'efficacia dell'azione amministrativa e, tramite la predizione, indirizzare l'attività di governo[11].

La più rilevante novità, che caratterizza le amministrazioni nella fase attuale di impatto della tecnologia sul loro operato, è rappresentata proprio dalla circostanza che le enormi quantità di dati in possesso della Pubblica Amministrazione sono ora sempre più spesso convertite in decisioni grazie all'uso di algoritmi[12], il cui utilizzo, come si dirà, rischia di mettere a dura prova le tradizioni categorie del diritto amministrativo, in particolare quelle aventi copertura costituzionale.

---

[9] Cfr. D.U. GALETTA - J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato Europeo 6*, 2019.

[10] Il fenomeno è stato definito da M. BOVENS - S. ZOURIDIS, *How ICT is transforming administrative discretion and constitutional control* in *Public Administration Review*, 2002 in termini di passaggio dalla c.d. "*Street-Level Bureaucracy*" alla c.d. "*Screen-Level Bureaucracy*" in cui le ICT sono in grado di eseguire e/o controllare l'intero procedimento decisionale.

[11] M. TRESCA, *«Lo Stato digitale». Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, *in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2021, p. 556.

[12] G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'Amministrazione digitale: Open data e algoritmi, in Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, pp. 593 ss.

ISSN 2036-7821

D'altronde, sin da subito la dottrina aveva proposto di inquadrare il *software* quale vero e proprio atto amministrativo[13], intendendone l'impiego nel procedimento amministrativo quale genuina espressione della potestà organizzatoria propria di ciascun ente[14].

Nonostante la persistenza di un fronte dottrinale contrario[15], la concezione "attizia" del *software* è stata condivisa anche dalla giustizia amministrativa, che ha richiamato l'attenzione sul dato per cui è con il *software* che la pubblica amministrazione costituisce, modifica ed estingue situazioni giuridicamente rilevanti, mentre resta del tutto irrilevante che l'algoritmo sia compilato in un linguaggio di programmazione incomprensibile al funzionario ed al cittadino interessato[16].

Dunque, in uno scenario così connaturato, in cui l'algoritmo in chiave tecnologica è elemento dominante dei processi comunicativi e sociali, compito degli ordinamenti giuridici è creare un "diritto dell'algoritmo", ovvero costruire una disciplina articolata volta a regolare le posizioni di diritti e doveri che si instaurano nelle relazioni umane mediate da programmi informatici.

---

[13] Secondo U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, pp.51 ss. "*il software avrebbe natura di atto amministrativo generale per mezzo del quale l'amministrazione limita la propria discrezionalità, vincolando la propria azione rispetto ad una serie indeterminata di situazioni future*". A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Dir. inf.*, 1993, 1, pp. 163 ss. lo qualifica nei termini di atto amministrativo interno, mentre A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, pp. 47 ss. inquadra il programma quale atto generale a contenuto non normativo attraverso il quale l'autorità amministrativa indirizza, predeterminandone modalità e contenuti, il proprio agire.

[14] In questi termini A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, p. 55, che evidenzia come tale potestà organizzatoria si ricollega al potere dell'amministrazione di autolimitarsi mediante parametri decisionali predeterminati al fine uniformare - in vista di una maggiore giustizia - l'applicazione del diritto.

[15] Ha escluso la qualificazione del programma informatico come atto amministrativo A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico. Sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. CDS*, 2002, pp. 2256 ss., enfatizzando come il *software* non sia materialmente imputabile al titolare dell'organo e che esso sia redatto in una lingua incomprensibile a chiunque non sia un tecnico, in violazione delle garanzie procedimentali a favore dei cittadini interessati. A. BIAMONTE, *L'amministrazione digitale e la digitalizzazione procedimentale. Verso un nuovo esercizio della funzione. Problematiche e prospettive*, in F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, p. 252 ha sostenuto che il software integrerebbe una mera modalità di esecuzione di una volontà amministrativa già espressa a monte della traduzione algoritmica. D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un "pre-software" in lingua italiana*, in *Riv. dir. amm. elettronico*, 2003, ha proposto una ricostruzione in termini dualistici, distinguendo tra il momento preliminare alla compilazione del *software*, costituito dalla redazione di un testo redatto in lingua italiana ma già sotto forma di algoritmo (c.d. "pre-software" o "atto algoritmo") ed il vero e proprio programma informatico per la emanazione dell'atto.

[16] In questi termini T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769 che confuta partitamente le tesi contrarie alla configurazione attizia del *software*. In senso analogo anche Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2019, n. 2270 secondo cui "la regola tecnica che governa ciascun algoritmo resta pur sempre una regola amministrativa generale, costruita dall'uomo e non dalla macchina, per essere poi (solo) applicata da quest'ultima, anche se ciò avviene in via esclusiva".

ISSN 2036-7821

Anche se, a ben vedere, proprio la contestualizzazione storica degli algoritmi consente di rimetterne in discussione la supposta neutralità ed efficienza in termini assoluti: se la sfera tecnica è necessariamente intrecciata con la sfera sociale, allora anche un artefatto tecnologico non è mai veramente neutro, né tanto meno naturale[17].
Invero se l'uso dell'algoritmo rappresenta un *quid pluris* per l'efficacia ed efficienza dei procedimenti amministrativi[18] certamente è innegabile come questa vada fortemente ad incidere sulla sostanza del procedimento amministrativo.
Sicché, sebbene vi siano, come visto, delle norme che legittimano – o meglio incentivano – l'uso dell'algoritmo nel procedimento amministrativo è comunque importante prestare le giuste cautele in tale attività.

4. Il processo di automazione decisionale nella giurisprudenza amministrativa.
Poste tali premesse, si riesce già a comprendere come l'affermazione della pronuncia in commento di legittimità dell'uso degli algoritmi nei procedimenti amministrativi non fosse affatto scontata.
Fin da una prima lettura della pronuncia oggetto d'esame, infatti, ci si rende conto di come essa non vada letta in modo isolato, ma debba essere collocata nell'alveo di un contesto pretorio più ampio, sviluppatosi negli ultimi anni.
Invero, a lungo la giurisprudenza si è interrogata sulla possibilità di demandare ad un programma lo svolgimento di taluni segmenti procedimentali o, addirittura, la determinazione del contenuto di un provvedimento, ancorché poi formalmente imputato all'organo titolare della funzione esercitata.
Un primo indirizzo, avallato da una nutrita serie di pronunce del Tar del Lazio[19], ha assunto un atteggiamento di apertura nei confronti di tale possibilità, sulla base del rilievo che la scelta operata dall'amministrazione di ricorrere a strumenti elettronici di conduzione di procedimenti fosse qualificabile alla stregua di una manifestazione di discrezionalità che, in quanto tale, sarebbe stata sindacabile solo in caso di illogicità manifesta, ravvisabile nell'ipotesi in cui gli strumenti adoperati fossero inadeguati, giacché obsoleti, mal realizzati, o perché le peculiari funzioni esercitate fossero di complessità tale da non poter essere demandate ad una formula[20].
Tuttavia, in un secondo momento il medesimo Tar ha modificato il suo atteggiamento divenendo molto più cauto; difatti si è ben presto registrata una netta

[17] M. MAZZOTTI, *Algorithmic Life*, in *www.lareviewofbooks.com*, 2017, secondo cui "*we need to see the technical features of an algorithm as the outcome of a process. In other words, we need a historical - indeed genealogical - understanding of the algorithm*".
[18] cfr. C. NAPOLI, ***Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria***, ***Riv. it. cost.***, 2020, 3, 318 ss.
[19] In questi termini, *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 22 marzo 2017, n. 3769 *in www.giustizia-amministrativa.it*.
[20] A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro Amm.*, 2002, pp. 2256 e spec. 2264.

ISSN 2036-7821

chiusura da parte del giudice amministrativo il quale (giudicando sugli esiti di un procedimento di mobilità condotto dal MIUR) ha ritenuto illegittimo che si fosse "*demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti*", ed ha altresì affermato che la eventuale complessità dell'azione svolta non può comunque costituire una valida giustificazione per giungere alla sua "*devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa*"[21].

Una tesi intermedia – e, quindi, più permissiva – rispetto a quella esposta dal giudice romano, è stata più recentemente illustrata da una parte della dottrina, secondo la quale l'uso di formule algoritmiche nei processi decisionali sarebbe consentito solo quando espressamente autorizzato dalla legge[22].

Non sorprende, dunque, come le posizioni appena illustrate abbiano a lungo inibito, quasi completamente, il ricorso a strumenti di informatica decisionale da parte delle amministrazioni.

Basti pensare che lo stesso Consiglio di Stato[23], solo qualche anno fa, ha optato per una chiusura, sostenendo che "*le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possono mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere*".

La consapevolezza del fatto che il fenomeno in esame è affetto da significative criticità non ha comunque portato il Consiglio di Stato a rinunciare all'utilizzo degli algoritmi nell'espletamento di funzioni amministrative.

Con una posizione più articolata infatti il Consiglio di Stato, a partire dalla fondamentale sentenza n. 881 del 2020, ha sviluppato un filone giurisprudenziale[24] ben più aperto all'impiego di algoritmi da parte di pubbliche amministrazioni. Per parte loro, i supremi giudici amministrativi hanno chiarito che pure l'Amministrazione deve poter sfruttare le rilevanti potenzialità della rivoluzione digitale, giacché l'uso di programmi informatici può portare ad un guadagno in

[21] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 10 settembre 2018, n. 8224 *in www.giustizia-amministrativa.it*.

[22] In tal senso v. quanto previsto dal par. 35.a della Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), recante: "*Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes*", il quale espressamente dispone che: "un atto amministrativo può essere completamente automatizzato ove consentito dalla legge e se non vi sia discrezionalità".

[23] Cons. di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 *in www.giustizia-amministrativa.it*.

[24] Cons. St. Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472 – 8473 – 8474; Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881; Cons. St., Sez. VI, 8 settembre 2022, n. 6236; Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891;

ISSN 2036-7821

termini di efficienza e imparzialità dell'azione svolta[25], sicché il loro utilizzo va implementato, anche in ipotesi di svolgimento di funzioni discrezionali.

5. L'Algoritmo come schema procedimentale moderno, ma vincolato al rispetto dei principi amministrativi.

Tornando al caso in esame, vale notare come il giudice amministrativo, dopo aver affermato la legittimità del ricorso agli algoritmi in campo amministrativo, ne ha delineato altresì i relativi limiti.

Nel caso di specie, infatti, l'amministrazione si è limitata a sostituire l'algoritmo previsto dalla *lex specialis* con un diverso algoritmo - non reso noto - e a ripetere il calcolo matematico finalizzato al computo dell'indennità dovuta alla ricorrente.

Ebbene, alla luce delle considerazioni finora svolte appare evidente, a parere di chi scrive, che l'innesto di procedure informatizzate nell'ambito del procedimento amministrativo imponga, di riadattare istituti e categorie tradizionali dell'azione amministrativa per evitare di compromettere il mantenimento delle garanzie dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione, nonostante l'automazione delle decisioni.

In quest'ottica, il ricorso a formule algoritmiche è stato ammesso in virtù dei principi sull'auto-limite della pubblica amministrazione, spostando l'esercizio del potere discrezionale al momento della redazione di una sorta di atto amministrativo presupposto che contiene i criteri e i parametri applicabili dalla formula algoritmica[26].

Non sorprende, dunque, come il Giudice amministrativo, nella sentenza in esame, si sia premurato di ribadire un principio già noto alla giurisprudenza amministrativa[27], in base al quale ogniqualvolta la decisione amministrativa sia fondata su un algoritmo si richiede che sia assicurata un "*declinazione rafforzata del principio di trasparenza*" intesa come "*piena conoscibilità della regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico*".

Giunti a questo punto ben si comprende come la predeterminazione dei criteri sia determinante, anche in termini di trasparenza e controllo dell'attività in questione,

[25] Si legge in Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5114, che "*il ricorso a procedure automatizzate, ai fini del reclutamento dei pubblici impiegati, è stato ritenuto pienamente legittimo dalla giurisprudenza amministrativa e costituisce ormai pratica ampiamente diffusa*".

[26] A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997, pp. 247 ss. L'A. offre degli spunti di riflessione, tutt'ora attuali, in merito alla predeterminazione dell'azione pubblica che accrescerebbe anche il grado di prevedibilità delle decisioni amministrative, facendo sorgere, di conseguenza, in capo agli amministrati un legittimo affidamento in ordine all'esito dell'azione stessa. A tal riguardo, l'A. esprime un giudizio contrario all'utilizzo dei termini "autolimite" o "autovincolo", in quanto locuzioni che sembrano attribuire all'istituto una connotazione negativa, cioè di limite alla discrezionalità, e non valorizzerebbero la funzione propulsiva della futura azione discrezionale esercitata dal fenomeno in questione.

[27] Cons. di Stato, 8 aprile 2019, n. 2270 *in www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

perché consuma il potere discrezionale nella sua fase più tipica, aperta, peraltro, alla partecipazione degli interessati al procedimento[28].

In particolare, il Giudice nella pronuncia in commento ha opportunamente osservato come il principio di conoscibilità comporta che ognuno ha diritto sia a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano, sia a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata[29].

Difatti, la caratterizzazione multidisciplinare dell'algoritmo non esime dalla necessità che la formula tecnica sia corredata da spiegazioni che la traducano nella regola giuridica, rendendola comprensibile. Né può assumere rilievo la riservatezza delle società informatiche, le quali "*ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza*".

A questo punto, peraltro, non si può prescindere dall'annotare che, ad avviso di chi scrive, la conoscibilità dell'algoritmo, dovrebbe essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo decisionale, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento algoritmico siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e quindi sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

La regola algoritmica, pertanto, deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice amministrativo, per la necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica.

Difatti, il principio di trasparenza nasce per assicurare al cittadino la conoscibilità dei meccanismi interni all'Amministrazione, nonché delle logiche e delle motivazioni che guidano quest'ultima nell'assunzione delle proprie decisioni.

In altri termini, la trasparenza è lo strumento che, da una parte, rende possibile il coinvolgimento nel procedimento amministrativo e, quindi, di assumere consapevolezza sull'operato della macchina pubblica e, dall'altra, responsabilizza la Pubblica Amministrazione assicurando il buon andamento e l'imparzialità.

---

[28] Sul punto, S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei media*, 2020, pp. 145 ss.; cfr. anche A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Milano 2011, pp. 93-94, il quale evidenzia come sia possibile l'adozione dell'atto amministrativo discrezionale mediante computer «quando possono essere predeterminati dalla stessa amministrazione in via generale i criteri secondo i quali il potere discrezionale dovrà essere esercitato nei singoli casi […] Si tratta di una "predeterminazione" dei criteri dell'esercizio del potere discrezionale del tutto legittima, che trova conferma in diverse previsioni legislative».

[29] Nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 13 e 14 del Regolamento n. 2016/679.

ISSN 2036-7821

Al riguardo, è chiaro – e compiutamente evidenziato dalla pronuncia in commento – come il rispetto del principio di trasparenza imponga un indefettibile obbligo motivazionale a carico della pubblica amministrazione, che si declina nella conoscibilità e nella comprensibilità della formula algoritmica utilizzata.
Solo così, infatti, viene consentito da un lato il pieno esercizio del diritto di difesa da parte del destinatario del provvedimento, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost., dall'altro, il pieno sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo.
La sentenza annotata partendo dunque dai principi costituzionali di trasparenza ed efficienza della pubblica amministrazione e dopo aver precisato l'applicabilità del principio di piena conoscibilità, cristallizza il proprio *iter* argomentativo mediante il richiamo ad un ulteriore principio fondamentale, di derivazione europea, da applicarsi relativamente agli strumenti informatici.
In particolare, il principio di non esclusività della decisione algoritmica[30] di cui all'art. 22 GDPR[31], in forza del quale qualora una decisione robotizzata sia atta a produrre effetti giuridici incidenti in modo significativo su un individuo, questi ha il diritto a che la decisione che lo riguarda non sia fondata esclusivamente su tale processo automatizzato.
In altri termini, in tutte le ipotesi in cui le pubbliche amministrazioni facciano uso di formule algoritmiche, sarebbe necessario operare un controllo degli esiti della procedura informatica secondo quel modello che, in ambito informatico, viene espressamente definito come "*human in the loop*" (HITL).
Ne deriva, come evidenziato dal giudice nella sentenza in esame, che la decisione adottata con ricorso all'algoritmo vede sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo *ex ante* di selezione e verifica, anche per mezzo di costanti *test*, aggiornamenti e modalità di perfezionamento dell'algoritmo.
Il passaggio ulteriore, attiene al controllo delle scelte, ed alla imputabilità delle decisioni informatizzate e, pertanto, delle responsabilità conseguenti all'adozione di tali decisioni[32].
Il Consiglio di Stato[33] ha già in passato sottolineato l'esigenza che l'uso di procedure informatizzate non porti all'elusione di quei principi che, nel nostro ordinamento, sono stati faticosamente costruiti a tutela dei cittadini; sicché anche l'azione

[30] sancito già nella famosa decisione della *Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, n. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016, infra, sez. III.

[31] Art. 22 Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati "*L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*"

[32] A. CERRILLO I MARTINEZ, *How can we Open the Black Box of Public Administration? Transparency and Accountability in the Use of Algorithms*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 58, 2019, 13. V. Brigante, *Evolving pathways of administrative decisions. Cognitive activity and data, measures and algorithms in the changing administration*, Napoli, 2019, 133.

[33] Cfr. nt. 16.

ISSN 2036-7821

informatizzata dev'essere soggetta alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, prima fra tutte la possibilità di conoscere i dati e criteri usati per l'assunzione della decisione finale, i meccanismi decisionali adoperati dal programma, i soggetti che lo hanno progettato e, infine, l'organo titolare del potere autoritativo, il quale deve poter svolgere l'irrinunciabile verifica di logicità e legittimità delle scelte e degli esiti dei procedimenti affidati al *computer*.
Ci si chiede dunque se non sarebbe opportuno concepire il programma come una sorta di responsabile del procedimento che presenta una bozza di atto all'organo titolare del potere di svolgimento della funzione.
In tale prospettazione il programma rappresenterebbe una sorta di "funzionario virtuale"[34], che opera in funzione strumentale rispetto ad un organo chiamato a verificare se la macchina abbia operato bene o commesso errori.
Grazie ad una siffatta virtuosa interazione l'autorità amministrativa potrebbe raggiungere un duplice fondamentale obiettivo: da un lato, verificare la corretta esecuzione delle operazioni logiche svolte dal programma, potendo così intercettare eventuali errori o difetti di programmazione; dall'altro, introdurre un ulteriore filtro umano contro il rischio di adottare decisioni manifestamente discriminatorie o in contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità[35].
Una soluzione che sembra assicurare piena attuazione al diritto dell'interessato di ottenere un intervento umano nel corso della procedura informatizzata prima che nei suoi confronti venga adottata la decisione finale.

6. Conclusioni

In definitiva, l'epoca nella quale viviamo è caratterizzata da un imponente processo di innovazione tecnologica e i processi di digitalizzazione hanno determinato una progressiva trasformazione dell'organizzazione e dell'azione amministrativa secondo un processo evolutivo ancora in corso, come dimostra l'attenzione del PNRR per la digitalizzazione della PA.
Come emerso, l'assenza di una normativa specifica sul tema, pronta ad accogliere l'innovazione e a disciplinarla nella maniera più proficua per permetterle di svolgere il suo compito, ha provocato oscillazioni giurisprudenziali e un'iniziale incertezza nell'applicazione di tali strumenti. Più volte, nel corso degli ultimi anni, si è pervenuto all'annullamento di una decisione ad elaborazione algoritmica per sua illegittimità o per violazione di fondamentali principi amministrativi.

---

[34] A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa, in Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 1310. L'automazione si inserisce, in tal senso, in una fase che è solo pre-decisoria atteso che quella effettivamente decisoria resta di appannaggio, secondo il modello tradizionale, ad una persona fisica che recepisce in un provvedimento il risultato delle operazioni computazionali condotte dal software.

[35] In questi termini I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie per nuovi problemi?, in Ist. del Fed., n. 3/2019*, cit., 660.

ISSN 2036-7821

Certamente, in generale, l'approccio mostrato dall'ordinamento italiano nei confronti dei soggetti sottoposti ad una decisione automatizzata si caratterizza per essere ampiamente garantista, finalizzato ad impedire che l'adozione degli algoritmi possa comportare una compressione dei diritti e degli interessi del cittadino.
In tale contesto si sente fortemente la necessità di apprestare un quadro normativo adeguato alle opportunità offerte dall'innovazione tecnologica che riconduca tale sistema entro il programma di garanzie comune agli ordinamenti a base personalistica[36], anche se questo dovesse portare ad un'opera di ripensamento e adattamento di istituti tradizionali idonea a preservarne l'effettività.
Ciò che è certo è che l'uso delle nuove tecnologie da parte della Pubblica amministrazione non può comportare l'attenuazione degli obblighi di trasparenza e di motivazione dei provvedimenti amministrativi, elementi che diventano ancor più centrali, considerata l'ermeticità degli algoritmi.
Pertanto, in attesa che venga portato a compimento l'auspicato intervento regolatore, sarebbe preferibile, a sommesso avviso di chi scrive, un approccio prudenziale nell'utilizzo degli algoritmi, al fine di evitare che l'utilizzo di tali strumenti si traduca in un'elusione dei diritti fondamentali del singolo e una compressione delle garanzie costituzionali.

[36] I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, 2010, in *Dir. Soc.*, 2010, p. 269, nota 77, affermava che la legge sul procedimento *«è improntata al principio personalista: dai diritti dei partecipanti, alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, dagli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, al responsabile del procedimento»* (avendo subito prima richiamato la comunicazione "*personale*" di cui agli artt. 7 e 8 LPA).

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Demolizione non necessaria "in una società democratica" quando colpisce l'unica casa del contravventore. La Corte Europea condanna la Bulgaria ma il principio vale anche per l'Italia

di Lorenzo Bruno Molinaro

(*Avvocato e Cultore della Materia presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*)

Sommario

1. La vicenda (*case of Simonova v. Bulgaria*). 2. L'orientamento consolidato della Corte EDU in materia di proporzionalità dell'ordine di demolizione di una "*abitazione illegale*" (articolo 8 CEDU). 3. La rilevanza del decorso del tempo nella valutazione della proporzionalità della sanzione. 4. La natura della sanzione demolitoria: sanzione amministrativa ripristinatoria o pena accessoria soggetta a prescrizione? 5. La recente sentenza del T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, pubblicata il 25 maggio 2023, n. 3186, sul diritto del destinatario di un ordine giudiziale di demolizione (RE.S.A.) di ottenere dal comune un alloggio alternativo. 6. Considerazioni finali.

Abstract

This legal paper addresses the issue of the proportionality of the demolition of the only house occupied by a mother with minor children for less than a year, according to the recent tuling of the European Court of Human Rights of 11 april 2023 (*Case of Simonova v. Bulgaria*) and the consequent need of the Italian judge for an adaptive interpretation that is not only formal but substantial and evolutionary as well, due to the "*sociality*" of the right to housing, counted among the fundamental rights of the person, with which the democratic State complies.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. La vicenda (Case of Simonova v. Bulgaria)

La questione principale affrontata dalla Corte europea con la interessante sentenza depositata l'11 aprile 2023 (domanda n. 30782/2016) era se un ordine di demolizione di un "*edificio costruito illegalmente*" costituente "*l'unica abitazione della ricorrente, una madre single, e dei suoi figli minori*", fosse effettivamente "*necessario in una società democratica*", alla luce di quanto previsto dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), secondo cui:

<< 1. *Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio (...).*

2. *Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui* >>.

La Corte ha risolto la questione, dando ragione alla ricorrente, non mancando, tuttavia, di precisare che l'ordine di demolizione, che aveva interferito con il suo diritto al "*rispetto*" della abitazione, era "*conforme alla legge*".

Infatti, come nel caso *Ivanova e Cherkezov*, 21 aprile 2016, § 50 e 51, l'ordine poteva trovare giustificazione in quanto rivolto a uno scopo legittimo, ovvero quello "*di non erigere edifici senza i necessari titoli edilizi*", in sintonia con le esigenze di "*prevenzione del disordine*" e di "*promozione del benessere economico del Paese*" (cfr. *Ivanova e Cherkezov* cit.).

Nel caso esaminato, oltretutto, "*l'edificio era stato quasi interamente costruito su un terreno confinante di proprietà altrui*", sicché l'ordine di demolizione poteva essere valutato anche come una forma di "*tutela indiretta dei diritti altrui*" (*Yordanova e altri*, § 111, e *Bagdonavicius e altri c. Russia*, n. 19841/06, § 96, 11 ottobre 2016).

Ciononostante, secondo la Corte, l'ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio, da parte della ricorrente, del diritto alla inviolabilità del proprio domicilio vi era stata eccome e non poteva ritenersi "*necessaria in una società democratica*" come quella del contesto in cui aveva avuto luogo: ciò perché i principi generali già affermati nella sentenza *Ivanova e Cherkezov* (cit. §§ 53- 55) esigono che le persone che rischiano di perdere la loro unica casa quale conseguenza della disposta demolizione ben possono "*chiedere e ottenere un esame adeguato della sua proporzionalità alla luce della loro situazione individuale*", pur dovendosi riconoscere che "*solo in casi eccezionali queste persone potrebbero riuscire a sostenere che la demolizione sarebbe sproporzionata*".

Nella specie, l'ordine di demolizione non faceva alcun accenno alla particolare situazione della ricorrente, risultando dimostrato che l'unica forma di assistenza sociale che le era stata fornita era consistita nell'opera di convincimento a lasciare l'edificio di sua volontà prima della sua demolizione.

ISSN 2036-7821

Il Tribunale, cui la ricorrente si era rivolta per ottenere tutela, nemmeno aveva approfondito la questione nel suo complesso, essendosi soltanto limitato a constatare che i servizi sociali erano stati informati, né aveva preso in considerazione tutti i fattori in grado di incidere sulla proporzionalità dell'ingerenza, bilanciando, in particolare, l'interesse della ricorrente stessa a continuare a vivere nell'edificio con i suoi figli con le considerazioni che militavano a favore della sua demolizione (contrasto *Pinnock e Walker c. Regno Unito* (dec.), no. 31673/11, § 33, 24 settembre 2013).

In altri termini, il Tribunale - ha concluso la Corte - non aveva "*ricevuto informazioni esaurienti su tutti questi punti quando ha deciso il caso della ricorrente*", né aveva "*tentato di chiarirli*".

L'unica proposta concreta pare fosse stata quella di collocare temporaneamente i figli in un alloggio gestito dai servizi sociali: e tanto sebbene la ricorrente avesse lamentato che le autorità non avevano mai offerto a lei e ai suoi figli un alloggio comunale, né, peraltro, l'avevano informata della possibilità di mettersi in lista d'attesa per tale alloggio.

Inoltre, non avevano neanche verificato se i parenti presso i quali avrebbe dovuto sistemare i suoi figli potessero accettarli e a quali condizioni.

In ogni caso, era "*sproporzionato*" permettere che la madre venisse separata dai suoi figli.

Non priva di rilievo era, infine, la ulteriore circostanza che la demolizione, che era stata programmata durante l'estate, era stata effettuata nel tardo autunno, lasciando la ricorrente e i suoi figli in una situazione di emergenza, in pratica "*senza un riparo durante l'inverno*".

In definitiva, vi era stata una chiara violazione dell'articolo 8 della Convenzione, anche in ragione del fatto che, come riferito dalla commissione che aveva ispezionato l'edificio nel marzo 2014, risultava accertato che la ricorrente lo utilizzava per scopi residenziali e il periodo di quasi un anno tra il marzo 2014 e il marzo 2015 - quando era stato emesso l'ordine di demolizione - era da considerarsi sufficientemente lungo per farne derivare che "*i legami della ricorrente con l'edificio fossero sufficienti e continui, in modo da qualificarlo come la sua casa (cfr. Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria, n. 46577/15, §§ 8, 12 e 49, 21 aprile 2016; Sharxhi e altri c. Albania, n. 10613/16, §§ 9, 11 e 112, 11 gennaio 2018; Ghailan e altri c. Spagna, no. 36366/14, § 55, 23 marzo 2021, e contrasto Zabor c. Polonia (dec.), no. 33690/06, § 74, 7 gennaio 2014)*".

Il Governo, del resto, "*non aveva fornito prove che la ricorrente avesse un domicilio altrove (cfr. Gillow v. the United Kingdom, 24 novembre 1986, § 46, Series A no. 109; Prokopovich v. Russia, no. 58255/00, § 38, CEDU 2004-XI (estratti); Hasanali Aliyev e altri c. Azerbaigian, no. 42858/11, § 35, 9 giugno 2022, e contrasto Kaminskas c. Lituania, no. 44817/18, § 43, 4 agosto 2020)*"; né la sua situazione poteva essere equiparata a quella

ISSN 2036-7821

dei ricorrenti nella causa *Hirtu e altri c. Francia* (n. 24720/13, §§ 5 e 65, 14 maggio 2020): mettere la propria roulotte su un terreno per sei mesi non è la stessa cosa che vivere per un anno in un edificio che si è costruito.

2. L'orientamento consolidato della Corte EDU in materia di proporzionalità della demolizione di una "abitazione illegale" (Articolo 8 CEDU)

La sentenza *Simonova* si inserisce nella scia di un orientamento ormai consolidato in materia di demolizione di una "*abitazione illegale*", inaugurato con la richiamata pronuncia *Ivanova e Cherkezov* (che ha un isolato e remoto precedente nella sentenza *Moretti e Benedetti c. Italia* del 2011), i cui principi generali, alla luce di quanto previsto dall'articolo 8 CEDU, la Corte ha ritenuto pienamente applicabili al caso esaminato, pur ritenendo superfluo ribadirli.

Trattandosi di orientamento consolidato, non vi è dubbio che tali principi siano vincolanti anche per il giudice italiano nei termini precisati dalle sentenze della Corte costituzionale del 26 marzo 2015, n. 49, e del 23 gennaio 2019, n. 66, cui ha fatto seguito la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale del 24 ottobre 2019, n. 8544, *Genco*.

Con tale ultima sentenza, invero, è stato chiarito che, nel sistema convenzionale, l'espansione degli effetti di una decisione della Corte EDU ad altri casi non oggetto di specifica disamina rinviene una base normativa nell'art. 61 del regolamento CEDU, per il quale, ove venga rilevata una violazione strutturale dell'ordinamento statale, in presenza di una pluralità di ricorsi di identico contenuto, é possibile adottare una sentenza "*pilota*", che indichi allo Stato convenuto la natura della questione sistemica riscontrata e le misure riparatorie da adottare a livello generalizzato per conformarsi al *decisum* della sentenza stessa, con eventuale rinvio dell'esame di tutti i ricorsi, fondati sulle medesime ragioni, in attesa dell'adozione dei rimedi indicati.

Oltre a tale strumento, viene in considerazione, sul piano normativo, anche il diverso caso, come quello di specie, in cui la pronuncia della Corte sovranazionale assume un rilievo ed una portata generali, perché, sebbene priva dei caratteri propri della sentenza pilota e non emessa all'esito della relativa, formalizzata procedura, accerta, comunque, una violazione di norme convenzionali in tema di diritti della persona, suscettibile di ripetersi con analoghi effetti pregiudizievoli nei riguardi di una pluralità di soggetti diversi dal ricorrente, che, tuttavia, versano nella stessa condizione.

La nozione di sentenza a portata generale trova fondamento positivo nel comma 9 del predetto art. 61, il quale stabilisce testualmente che: «*Il Comitato dei Ministri, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, il Segretario generale del Consiglio d'Europa e il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa sono informati sistematicamente dell'adozione di una sentenza pilota o di qualsiasi altra sentenza in cui la*

ISSN 2036-7821

Corte segnali l'esistenza di un problema strutturale o sistemico all'interno di una Parte contraente».

In tali situazioni il riscontro della violazione dei diritti individuali del soggetto che ha proposto il ricorso contiene in sé anche l'accertamento di lacune ed imperfezioni normative o di prassi giudiziarie, proprie dell'ordinamento interno scrutinato, contrarie ai precetti della Convenzione, che assumono rilevanza anche per tutti coloro che subiscano identica violazione, sicché l'obbligo di adeguamento dello Stato convenuto trascende la posizione del singolo coinvolto nel caso risolto, investendo tutti quelli caratterizzati dalla sussistenza di una medesima situazione interna a portata generale di contrarietà alle previsioni convenzionali.

La necessità dell'adeguamento trae, poi, ulteriore conferma dalla giurisprudenza della Corte EDU che, sin dalla sentenza della Grande Camera del 13 luglio 2000 nel caso *Scozzari e Giunta c. Italia*, ha affermato il principio, più volte ribadito, per il quale «*quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo dell'equa soddisfazione prevista dall'art. 41, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie*» aventi contenuto ripristinatorio, ossia quegli interventi specificamente suggeriti dalla Corte EDU, oppure individuati in via autonoma dallo Stato condannato, purché idonei ad eliminare il pregiudizio subito dal ricorrente, che deve essere posto, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non si fosse verificata l'inosservanza delle norme della Convenzione (in termini Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; Corte EDU, GC, 1^ marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*; Corte EDU, GC, 8 aprile 2004, *Assanidze c. Georgia*).

Ulteriori significative indicazioni in tal senso provengono anche dalla giurisprudenza costituzionale, che, impegnatasi più volte nel definire i rapporti tra giudice europeo e giudice interno nell'attività di interpretazione della legge nel rispetto della gerarchia delle fonti di produzione normativa, ha assegnato valore vincolante e fondante l'obbligo conformativo per lo Stato condannato nel giudizio celebrato dinanzi la Corte sovranazionale alla statuizione contenuta nella sentenza pilota, oppure in quella che, seppur legata alla concretezza della situazione che l'ha originata, «*tenda ad assumere un valore generale e di principio*» (Corte cost., sent. n. 236 del 2011; sent. n. 49 del 2015).

A fronte di tali presupposti, allo Stato membro ed al suo giudice non è consentito, dunque, negare di dar corso alla decisione adottata dalla Corte di Strasburgo e di eliminare la violazione patita dal cittadino mediante i rimedi apprestati dall'ordinamento interno.

Qualora, invece, non ricorrano tali presupposti, compete al giudice interno applicare ed interpretare le disposizioni di legge, operazione da condursi in conformità alle norme convenzionali ed al significato loro attribuito dall'attività

ISSN 2036-7821

esegetica compiuta dalla Corte EDU, alla quale è rimessa una «*funzione interpretativa eminente*» sui diritti fondamentali, riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli secondo quanto previsto dall'articolo 32 CEDU, al fine di realizzare la certezza e la stabilità del diritto (Corte Cost., sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, nonché, in termini, Cass. pen., SS.UU., n. 8544 del 2019, cit.).

Va, pertanto, ribadito che, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza nazionale, l'obbligo di osservare il principio di proporzionalità nel dare attuazione all'ordine di demolizione di un immobile illegalmente edificato, adibito ad abituale abitazione di una persona, costituisce principio rispondente all'orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte EDU ed è applicabile, da parte del giudice italiano, "*in forza di interpretazione sistematica adeguatrice*" (v., in tal senso, anche Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 423, *Leoni*, e Cass. pen., SS. UU., 28 aprile 2016, n. 27620, *Dasgupta*, nonché, per la rilevabilità di ufficio della violazione dell'articolo 8 CEDU con riferimento all'ordine di demolizione di un immobile abusivo, Cass. pen., Sez. III, 8 ottobre 2021, n. 43608, *Giacchini*).

Ne deriva che quanto affermato dalla Corte EDU con la sentenza *Simonova* non possa essere ignorato dal giudice italiano, la cui interpretazione adeguatrice - si badi - non può essere solo formale, affermando, cioè, da un lato, che l'ordinamento non intende violare in astratto il diritto individuale di un soggetto a vivere nel proprio domicilio legittimo e, dall'altro, che deve essere primariamente garantito "*il diritto collettivo a rimuovere la lesione di un bene (del pari) costituzionalmente tutelato, come il territorio, eliminando le conseguenze dell'abuso riscontrato*", così ripristinando l'equilibrio turbato (v., sul punto, Cass. pen., Sez. III, 26 aprile 2018, n. 24882, *Ferrante*).

Infatti, anche nel caso *Simonova*, la Corte, pur dando atto che l'ordine di demolizione, che aveva interferito con il diritto della ricorrente al "*rispetto*" della abitazione, era "*conforme alla legge*", ha poi bocciato come sproporzionata e contraria all'articolo 8 CEDU la sanzione adottata nei confronti della ricorrente senza tener conto delle sue "*condizioni individuali*".

D'altronde, è un dato incontestabile che in Italia, in nessun caso, sino ad oggi, i giudici della esecuzione abbiano ritenuto violato l'articolo 8 CEDU in relazione ad ordini di demolizione aventi ad oggetto case di abitazione, anche di piccole dimensioni.

Per di più, le uniche, poche sentenze della Cassazione favorevoli sul tema hanno affermato la violazione, ad opera degli stessi giudici, del solo obbligo "*procedurale*" di valutare la proporzionalità della sanzione (Cass. pen., Sez. III, 4 novembre 2022, n, 3482, *Senatore*; Cass. pen., Sez. III, 17 settembre 2021, n. 34607, *V.C.* e *R.B.*; Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 423, *Leoni,* cit.).

3. La rilevanza del decorso del tempo nella valutazione della proporzionalità della sanzione

ISSN 2036-7821

Dopo aver tracciato le coordinate ermeneutiche necessarie alla soluzione del caso, partendo dai principi affermati con la sentenza *Ivanova e Cherkezov*, quel che più colpisce della pronuncia in commento è la valutazione della Corte in ordine agli effetti del tempo trascorso dall'esercizio dell'attività repressiva.

La Corte, come già ricordato, evidenzia in motivazione che la commissione che aveva ispezionato l'immobile nel marzo 2014 aveva accertato che la ricorrente lo utilizzava per scopi residenziali, aggiungendo, però, che il periodo di quasi un anno tra il marzo 2014 e il marzo 2015 - quando era stato emesso l'ordine di demolizione - era da considerarsi sufficientemente lungo per farne derivare che "*i legami della ricorrente con l'edificio fossero sufficienti e continui, in modo da qualificarlo come la sua casa*".

Questa è, a mio avviso, la novità più significativa e, per certi aspetti, più sorprendente della decisione, tenuto conto dell'indirizzo diametralmente opposto della giurisprudenza italiana, sia penale che amministrativa.

La maggior parte delle sentenze della Corte di Cassazione, infatti, ha ritenuto rispettato il principio di proporzionalità, valutando il tempo a disposizione del destinatario dell'ordine di demolizione per «*cercare una soluzione alternativa*» (così Sez. III, 11 settembre 2019, n. 48021, *Giordano*, e Sez. III, 26 aprile 2018, n. 24882, *Ferrante* cit.).

Ha, poi, affermato Cass. pen., Sez. III, 17 settembre 2021, n. 34607, *Ventre* e *Romeo*, che il test di proporzionalità, alla luce della giurisprudenza convenzionale, va condotto "*valorizzando, nel contempo, la eventuale consapevolezza della violazione della legge da parte dell'interessato, per non incoraggiare azioni illegali in contrasto con la protezione dell'ambiente, nonchè i tempi a disposizione del medesimo, dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna, per conseguire, se possibile, la sanatoria dell'immobile ovvero per risolvere le proprie esigenze abitative (così Sez.3, n. 423 del 14/12/2020, dep. 08/01/2021, Leoni, Rv. 280270 - 01)*".

Allo stesso modo, ancor più di recente, Cass. pen., Sez. III, 1^ marzo 2022, n. 7127, *Palamaro*, ha ricordato che, ai fini della valutazione del rispetto del principio di proporzionalità, un rilievo centrale assumono, da un lato, l'eventuale consapevolezza della violazione della legge nello svolgimento dell'attività edificatoria da parte dell'interessato, stante l'esigenza di evitare di incoraggiare azioni illegali in contrasto con la protezione dell'ambiente, e, dall'altro, i tempi intercorrenti tra la definitività delle decisioni giudiziarie di cognizione e l'attivazione del procedimento di esecuzione, per consentire all'interessato di "*legalizzare*", se possibile, la situazione e di trovare una soluzione alle proprie esigenze abitative.

Ha aggiunto che, ai fini del giudizio circa il rispetto del principio di proporzionalità, sono sicuramente rilevanti le condizioni di età avanzata, povertà e basso reddito dell'interessato; queste condizioni, però, non risultano mai essere considerate, di per sé sole, risolutive, o perché valutate congiuntamente ai tempi intercorrenti tra la

ISSN 2036-7821

definitività delle decisioni giudiziarie di cognizione e l'attivazione del procedimento di esecuzione o perché esplicitamente ritenute recessive in caso di consapevolezza dell'illegalità della edificazione al momento del compimento di tale attività e di concessione di adeguati periodi di tempo per consentire la regolarizzazione, se possibile, della situazione, e per trovare una soluzione alle esigenze abitative.

Pertanto, per quanto non sufficienti per evitare la demolizione della propria abitazione, le condizioni personali dell'interessato, pur non potendo essere ignorate dal giudicante, devono, tuttavia, essere soppesate e "*trovare sede nella motivazione del suo provvedere*" (...).

Nel caso *Palamaro*, il Giudice dell'esecuzione aveva evidenziato che il ricorrente aveva anche inviato all'amministrazione comunale istanza urgente di alloggio di edilizia popolare sul rilievo della pendenza dell'esecuzione dell'ordine di demolizione, ma, pur avendo allegato anche condizioni di salute precarie, aveva, comunque, avuto "*un congruo tempo per porre rimedio alla situazione giacchè erano decorsi circa ventiquattro anni tra la definitività della decisione giurisdizionale che imponeva l'ordine di demolizione e l'attivazione del procedimento esecutivo*".

La Corte di Cassazione ha condiviso, sul punto, il ragionamento del giudice dell'esecuzione, sulla base della seguente motivazione.

"*Non si può ignorare, ai fini del rispetto dei principi di matrice convenzionale sopra individuati, che il ricorrente, destinatario dell'ordine di demolizione fin dal 1998, ha usufruito nel corso di tutto il periodo trascorso tra la definitività del procedimento penale che ha disposto la demolizione e, in virtù della presentazione di una domanda di condono in assenza dei requisiti temporali, di un ulteriore periodo di godimento del bene. Non può essere sottaciuto che incombe, in primo luogo, sul destinatario l'obbligo di provvedere spontaneamente alla demolizione dell'opera abusiva e che solo in presenza di inadempienza subentra l'autorità giurisdizionale. Ora, a fronte dell'iniziativa del Pubblico Ministero, seppur a distanza di anni, il destinatario non può dolersi del tempo trascorso nel quale egli ha indebitamente fruito del bene*".

Alle medesime conclusioni della Cassazione penale è pervenuta sostanzialmente anche la giurisprudenza amministrativa che si è occupata della violazione del legittimo affidamento (in tesi pregiudicato dal notevole lasso di tempo intercorso tra la data di realizzazione dell'abuso e l'adozione del provvedimento demolitorio, lasso di tempo che, in tali casi, dovrebbe spingere l'amministrazione a sostenere con motivazione "*rafforzata*" l'interesse pubblico all'esercizio del potere sanzionatorio).

In sintesi, la giurisprudenza ha affermato il principio secondo cui va esclusa ogni rilevanza al passaggio del tempo in relazione all'adozione dei provvedimenti repressivi edilizi, negando che in tale materia si possa formare un affidamento tutelabile rispetto al perpetrarsi dell'abuso.

ISSN 2036-7821

L'irrilevanza del passaggio del tempo è stata, in particolare, affermata con riferimento al lasso temporale tra la realizzazione dell'abuso e l'ordine di rimessione in pristino, ovvero per la stessa adozione della misura ripristinatoria, in quanto il provvedimento di demolizione di una costruzione abusiva, al pari di tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, è atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né, ancora, alcuna motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare (Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 5088; Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4907), né - ancora - che l'interessato possa dolersi del fatto che l'amministrazione non abbia emanato in data antecedente i dovuti atti repressivi (Cons. Stato, VI, 31 maggio 2013, n. 3010; Cons. Stato, VI, 11 maggio 2011, n. 2781).
In presenza di abusi edilizi, vi è pur sempre un soggetto che pone in essere un comportamento contrastante con le prescrizioni dell'ordinamento, confidando nell'omissione dei controlli o comunque nella persistente inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza.
Va da sé che, in tali casi, il fattore tempo di certo "*non agisce in sinergia con l'apparente legittimità dell'azione amministrativa favorevole, a tutela di un'aspettativa conforme alle statuizioni amministrative pregresse*" (Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 5088; Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4907; Cons. Stato, IV, 4 maggio 2012, n. 2592).
Di affidamento meritevole di tutela si può parlare solo ove il privato, il quale abbia correttamente e in senso compiuto resa nota la propria posizione all'amministrazione, venga indotto da un provvedimento di quest'ultima a ritenere come legittimo il suo operato, non già nel caso in cui sia stato commesso un illecito all'insaputa della stessa (Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5509).
Tale orientamento ha, in seguito, ricevuto l'autorevole avallo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza del 17 ottobre 2017, n. 9), secondo la quale il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo, non richiede, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, specifica motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legalità violata) che impongono la rimozione dell'abuso.
Il principio in questione - secondo l'Adunanza Plenaria - non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino.

ISSN 2036-7821

4. La natura della sanzione demolitoria: sanzione amministrativa ripristinatoria o pena accessoria soggetta a prescrizione?

La giurisprudenza della Cassazione penale italiana, in una a quella dei giudici di merito, ritiene, con orientamento granitico, che l'ordine di demolizione abbia natura amministrativa, configurandosi, per l'esattezza, quale "*sanzione accessoria oggettivamente amministrativa, sebbene soggettivamente giurisdizionale*", esplicazione, peraltro, di un potere autonomo e non alternativo a quello dell'autorità amministrativa, con il quale può essere coordinato nella fase della esecuzione (Sez. III, 22 settembre 2016, n. 55295, *Fontana*; Sez. III, 11 dicembre 2013, n. 3685, *Russo*; Sez. VI, 10 marzo 1994, n. 6337, *Sorrentino*; SS.UU. 19 giugno 1996, n. 15, *Monterisi*).

Stante la natura amministrativa dell'ordine di demolizione, la stessa giurisprudenza ha costantemente escluso l'estinzione della sanzione per il decorso del tempo, ai sensi dell'articolo 173 c.p., la quale si riferisce alle sole pene principali e, comunque, non alle sanzioni amministrative (fra le tante, Sez. III, 17 febbraio 2022, n. 763, *Reggio*; Sez. III, 10 novembre 2015, n. 49331, *Delorier*; Sez. III, 7 luglio 2015, n. 36387, *Formisano*; Sez. III, 10 novembre 2020, n. 43006, *La Mela*).

È stata negata, altresì, l'estinzione per la prescrizione quinquennale delle sanzioni amministrative, stabilita dall'articolo 28 della legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto riguardante le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva, mentre l'ordine di demolizione integra una sanzione "*ripristinatoria*", che configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio (Sez. III, 7 luglio 2015, n. 36387, *Formisano*, cit., Sez. III, 18 febbraio 2003, n, 16537, *Filippi*).

Sulla scorta di tale ricostruzione, è stata anche dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli articoli 3 e 117 Cost., dell'articolo 31 del d.P.R. del 6 giugno 2001, n. 380, per mancata previsione di un termine di prescrizione dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo disposto con la sentenza di condanna, in quanto le caratteristiche di detta sanzione amministrativa - che assolve a una funzione ripristinatoria del bene leso, configura un obbligo di fare per ragioni di tutela del territorio e non ha finalità punitive dato il suo carattere reale, nel senso che produce effetti sul soggetto che si trova in rapporto con il bene, anche se non è l'autore dell'abuso - non consentono di ritenerla "*pena*" nel significato attribuitole dalla giurisprudenza della Corte EDU, con la conseguenza che è da escludere sia la irragionevolezza della disciplina che la riguarda, rispetto a quella delle sanzioni penali soggette a prescrizione, sia una violazione del parametro interposto di cui all'art. 117 Cost. (così Cass. pen., Sez. III, 27 febbraio 2022, n. 7631, *Reggio*, cit., nonché Cass. pen., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 41475, *Porcu*).

A diversa conclusione è, tuttavia, approdata la Corte EDU, la quale, con sentenza del 27 febbraio 2008 (in causa *Hamer c. Belgio*), nella quale si controverteva della legittimità "*convenzionale*" della esecuzione di un provvedimento sanzionatorio a

ISSN 2036-7821

distanza di 27 anni dalla data della "*scoperta dell'abuso*", ha affermato che l'ordine di demolizione per un abuso edilizio costituisce, con certezza, sanzione penale allorquando la sua esecuzione intervenga a distanza di numerosi anni a far data dall'accertamento del fatto e "*non sia stata acquisita alcuna prova per dimostrare che in ogni fase del procedimento il richiedente abbia ostacolato il regolare svolgimento delle indagini (...).*

La Corte EDU, con tale sentenza, ha innanzitutto confermato l'autonomia del concetto di "*accusa penale*" nell'articolo 6 della CEDU, precisando che tre sono i criteri che devono essere presi in considerazione per valutare se qualcuno è accusato di aver commesso un atto "*criminale*": in primo luogo, la classificazione del reato nel diritto nazionale, quindi la natura del reato e infine la natura e gravità della sanzione che l'interessato rischia. Su questa base, la Corte è giunta alla decisione che una misura per procedere alla demolizione dovrebbe effettivamente essere considerata come una "*punizione*" alla luce della CEDU.

Più specificamente, nel caso esaminato, la Corte ha accertato che, dal rapporto ufficiale del febbraio 1994, il proprietario era stato perseguito in relazione al mantenimento in sito di una costruzione illegale. Il procedimento aveva avuto una durata compresa tra 8 e 9 anni, di cui più di 5 anni impiegati per il solo periodo delle indagini, che, secondo la Corte, non presentavano nemmeno aspetti di particolare complessità.

La Corte ha, dunque, accertato che vi era stata effettivamente una violazione dell'articolo 6 della CEDU, come lamentato dalla ricorrente, e che il termine ragionevole era stato superato.

In proposito, va sottolineato che la Corte EDU ha anche affermato che l'esecuzione di una decisione giudiziaria non può essere impedita, inficiata o ritardata in maniera eccessiva (cfr. le sentenze *Burdov c. Russia*, 7 maggio 2002; *Immobiliare Saffi c. Italia*, 28 luglio 1999, e *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997), "*essendo lo Stato interno tenuto a garantire l'esecuzione delle decisioni pronunciate dai Tribunali, all'uopo dotandosi di un arsenale giuridico adeguato e sufficiente ad assicurare il rispetto delle obbligazioni positive che su di lui incombono*".

Astenendosi, infatti, per un lungo periodo di tempo dal prendere le misure necessarie al fine di eseguire la decisione giudiziaria definitiva ed esecutiva, l'autorità procedente finisce per "*privare di ogni effetto utile l'articolo 6 § 1 della Convenzione*", per il quale "*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata ... entro un termine ragionevole*".

In ambito penale, peraltro, lo scopo di tale disposizione è quello di "*garantire che l'interessato non sia costretto a rivestire la qualità di imputato troppo a lungo e che l'accusa elevata nei suoi confronti venga decisa in tempi, per l'appunto, ragionevoli*" (*Wemhoff v. Germany*, § 18; *Kart v. Turkey* [GC], § 68).

ISSN 2036-7821

Il periodo di tempo rilevante ai fini della determinazione della "*ragionevole durata*" va, comunque, calcolato - secondo la Corte EDU - a partire dal giorno in cui l'interessato viene formalmente accusato (*Neumeister v. Austria* § 18).
Con specifico riferimento alla durata del processo penale, la Corte ha anche chiarito che il lasso di tempo preso in considerazione dall'articolo 6 copre, di fatto, l'intero procedimento (*Kónig v. Consiglio d'Europa / Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Germany*, § 98), incluso il giudizio di appello (*Delcourt v. Belgium*, §§ 25-26; *Kónig v. Germany*, § 98; v. *the United Kingdom [GC]*, § 109).
Ne deriva che anche l'esecuzione delle sentenze deve essere considerata parte integrante del processo penale ai fini dell'articolo 6 (*Assanidze v. Georgia* [GC], § 181).
Ed infatti, "*le garanzie previste dalla norma in parola sarebbero illusorie se i sistemi giudiziari ed amministrativi degli Stati Contraenti consentissero che una sentenza definitiva e vincolante (...) potesse rimanere ineseguita*" a detrimento della persona interessata o anche di quella nella cui sfera soggettiva debbano riverberarsi i suoi effetti negativi in violazione del principio dell'affidamento incolpevole.
La Corte EDU, nel procedimento *Burdov c. Russia*, ha anche precisato che il diritto all'equo processo di cui all'articolo 6 § 1 è posto a garanzia, oltre che del corretto svolgimento del processo, anche dell'effettività della sua fase esecutiva.
Inoltre, la ragionevolezza della durata dei procedimenti deve essere determinata alla luce delle circostanze del caso concreto e nell'ottica di una valutazione complessiva (*Boddaert v. Belgium*, § 36).
Del resto, sebbene alcuni stati e gradi del procedimento siano stati, di per sé, trattati in tempi rapidi, la durata complessiva del procedimento potrebbe comunque eccedere i limiti della ragionevolezza (*Dobbertin v. France*, § 44).
D'altronde, l'articolo 6 non impone, *sic et simpliciter*, che i procedimenti giudiziari siano spediti, ma implica anche il più generale principio della corretta amministrazione della giustizia.
Occorre dunque sempre effettuare un equo bilanciamento tra i vari aspetti di tale fondamentale diritto (*Boddaert v. Belgium*, § 39).
In ogni caso, l'articolo 6 § 1 non impone nemmeno all'esecutato di cooperare attivamente con le autorità giudiziarie, prevedendo, comunque, che gli Stati Contraenti assolvano l'onere di organizzare il proprio sistema giudiziario in maniera tale che le corti nazionali possano rispettare tutti i requisiti ivi previsti (*Abdoella v. the Netherlands*, § 24; *Dobbertin v. France*, § 44).
Infine, sebbene un temporaneo carico di lavoro arretrato non implichi, di per sé, la responsabilità degli Stati, a condizione che questi adottino misure adeguate, efficaci e rapide per affrontare una tale situazione eccezionale (*Milasi v. Italy*, § 18; *Baggetta v. Italy*,§ 23), il grande carico di lavoro e le misure adottate allo scopo di porvi rimedio

ISSN 2036-7821

sono stati elementi che la Corte ha raramente considerato decisivi (*Eckle v. Germany*, § 92).

5. La recente sentenza del T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, pubblicata il 25 maggio 2023, n. 3186, sul diritto del destinatario di un ordine giudiziale di demolizione (RE.S.A.) di ottenere dal comune un alloggio alternativo

Tale sentenza, la prima sul tema, si segnala per aver negato l'obbligo, in capo alla civica amministrazione, di provvedere a fronte di una richiesta di alloggio alternativo formulata da un soggetto destinatario di un ordine giudiziale di demolizione (RE.S.A.), adottato contestualmente a una sentenza di condanna per abusi edilizi, ai sensi dell'articolo 31, comma 9, del d.P.R. n. 380/01.

L'interessato aveva richiesto l'alloggio al comune non solo perché la sua unica abitazione doveva essere demolita, ma anche perché, sulla base delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza europea in materia di valutazione della proporzionalità della sanzione, aveva necessità, per esigenze difensive, di fornire al giudice penale elementi decisivi al fine di consentirgli di effettuare, in senso a sé favorevole, tale valutazione, che, peraltro, aveva fortemente sollecitato in sede di incidente di esecuzione.

In altri termini, egli aveva bisogno di dimostrare che si era concretamente attivato per salvaguardare il proprio diritto di abitazione, esperendo ogni tentativo utile per trovare una sistemazione alternativa cui solo il comune, tenuto istituzionalmente a favorire l'*housing* sociale, avrebbe, in definitiva, potuto far fronte.

Il T.A.R. ha, invece, ritenuto insussistente l'obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, motivando che "*non esiste una norma che espressamente attribuisca al privato il potere di proporre un'istanza per l'assegnazione di un immobile, al di fuori delle procedure relative alle assegnazioni degli immobili di edilizia economica e popolare, procedimento che non è stato avviato nel caso di specie*".

Il T.A.R. ha osservato, al riguardo, che:

- "*il diritto alla abitazione che il ricorrente intende far valere con l'istanza in parola, è stato elaborato dalla Corte di Strasburgo sulla base dell'art. 8 CEDU come limite al potere di ordinare la demolizione in taluni specifici casi (cfr. sentenze Cedu, sez. V, 21 aprile 2016 n. 46577/15 e Cedu, sez. II, 4 agosto 2020 n. 44817/18)*"; - "*la Cassazione penale ha interpretato la giurisprudenza della Corte EDU nel senso che non sussiste alcun diritto assoluto alla inviolabilità del domicilio, desumibile dalle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, tale da precludere l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo, finalizzato a ristabilire l'ordine giuridico violato; al contrario, il diritto all'abitazione, riconducibile agli artt. 2 e 3 Cost. e all'art. 8 CEDU, non è tutelato in termini assoluti, ma è contemperato con altri valori di pari rango costituzionale, come l'ordinato sviluppo del territorio e la salvaguardia dell'ambiente, che giustificano, secondo i criteri della necessità,*

ISSN 2036-7821

sufficienza e proporzionalità, l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo, sempre che tale provvedimento si riveli proporzionato rispetto allo scopo che la normativa edilizia intende perseguire, rappresentato dal ripristino dello status preesistente del territorio, invero sussistendo il principio dell'interesse dell'ordinamento all'abbattimento - in luogo della confisca - delle opere incompatibili con le disposizioni urbanistiche (v. Cassazione penale sez. III, 11/10/2022, n. 42306)".

Ha, poi, concluso il T.A.R. che il diritto all'abitazione è un diritto sociale che, tenuto conto della "*scarsità delle risorse abitative pubbliche disponibili*", può essere soddisfatto dalla pubblica amministrazione solo mediante l'assegnazione di immobili di edilizia residenziale pubblica agli aventi diritto, secondo le specifiche discipline dettate a livello nazionale e regionale.

Al di fuori delle procedure appositamente previste per ottenere l'assegnazione di detti alloggi, "*non è configurabile alcun dovere di provvedere dell'amministrazione rispetto ad una qualsiasi richiesta di attribuzione di un immobile per le esigenze abitative dell'istante, traducendosi una tale istanza in una mera sollecitazione dell'amministrazione all'esercizio dei suoi poteri discrezionali per risolvere le problematiche abitative sollevate*".

La sentenza è sintomatica della resistenza, opposta dai giudici italiani, a recepire l'orientamento consolidato della Corte EDU in materia di proporzionalità e di diritti fondamentali.

Negare al cittadino colpito da un ordine di demolizione il semplice diritto ad ottenere dal comune una risposta alla propria istanza di alloggio alternativo, eventualmente da ricercare anche tra i numerosi immobili acquisiti al patrimonio dell'ente e non demoliti perché ritenuti non in contrasto "*con rilevanti interessi urbanistici, ambientali e di rispetto dell'assetto idrogeologico*" (articolo 31, comma 5, del d.P.R. n. 380 cit.), non mi sembra in linea con i principi e gli obblighi di tutela costituzionali e sovranazionali.

Non bisogna dimenticare, infatti, che il Parlamento Europeo ha riconosciuto che il diritto all'abitazione ha anche un'importante incidenza sul godimento di altri diritti fondamentali, avendo in una raccomandazione persino invitato gli Stati a «*integrare politiche per garantire l'accesso universale ad alloggi decenti a prezzi accessibili*» e proseguendo con una serie di suggerimenti in tale direzione per raggiungere l'obiettivo finale, ossia la lotta alla povertà e la promozione dell'inclusione e della coesione sociale.

6. Considerazioni finali

Tirando le fila del ragionamento, ritengo che, pur avendo la giurisprudenza nazionale ripetutamente affermato che non può essere invocato un assoluto diritto alla casa (che avrebbe un carattere così ampio ed assorbente da superare sempre e comunque - vanificandola del tutto - ogni prescrizione amministrativa o penale in

ISSN 2036-7821

punto di edificabilità dei suoli e tutela del territorio) o un generico diritto alla vita privata e familiare, possa convenirsi sul fatto che la demolizione di un'abitazione, trattandosi di misura particolarmente invasiva, debba formare oggetto, prima di essere portata ad esecuzione, di un approfondito e rigoroso scrutinio sotto il profilo della proporzionalità.

Infatti, come sottolineato dalla Corte EDU, un conto è proteggere il diritto meramente economico di chi costruisce violando la normativa edilizia ed un altro conto è assicurare che la prima ed unica casa di una persona in difficoltà economica o in una condizione di salute precaria non venga demolita con leggerezza .

E tanto anche perché il giudice delle leggi ha espressamente riconosciuto che:

"Il diritto a una abitazione dignitosa rientra, innegabilmente, fra i diritti fondamentali della persona" (Corte cost., 2 aprile 1999, n. 119).

"Il diritto all'abitazione rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione. Creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso." (Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 217).

È doveroso da parte della collettività intera impedire che le persone possano rimanere prive di abitazione" (Corte cost. 17 febbraio 1987, n. 49).

"Indubbiamente l'abitazione costituisce, per la sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario il quale deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge" (Corte Cost., 15 luglio 1983, n. 252).

In conclusione, il diritto all'abitazione, pur non volendolo considerare assoluto, è pur sempre un *diritto sociale,* collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo, poiché, esprimendo il dovere di solidarietà sociale, connota la stessa forma costituzionale dello *Stato sociale*.

L'abitazione, peraltro, è "*il luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime la vita familiare e si svolge la continuità delle relazioni domestiche, centro di aggregazione e di unificazione dei componenti del nucleo, complesso di beni funzionalmente organizzati per assicurare l'esistenza della comunità familiare*" (Cass., SS.UU. civ., 21 luglio 2004, n. 13603; Cass., Sez. III civ., 10 aprile 2019, n. 9990).

Il diritto al rispetto della propria casa ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione tocca inevitabilmente anche questioni di importanza fondamentale per l'integrità fisica e morale dell'individuo, il mantenimento delle relazioni con gli altri e un posto stabile e sicuro nella comunità.

È, pertanto, innegabile che l'esercizio del bilanciamento in base a tale disposizione, "*nei casi in cui l'interferenza consista nella perdita della sola casa di una persona, sia di un*

ISSN 2036-7821

ordine diverso, con un significato particolare che si riferisce alla portata dell'intrusione nella sfera personale degli interessati" (Corte EDU, *Connors*, § 82).

È tempo, dunque, che il legislatore nazionale affronti, con la giusta serenità, il problema delle demolizioni, che, comunque, avvengono, nel nostro paese, a macchia di leopardo e senza alcun criterio logico o cronologico, senza farsi condizionare da falsi ideologismi, guardando, appunto, alla giurisprudenza europea per garantire la soluzione migliore e realizzare il giusto contemperamento tra attività repressiva, valori da salvaguardare e diritto alla inviolabilità del domicilio.

L'obbiettivo, in una società democratica come la nostra, basata sul primato della Costituzione e sulla tutela dei diritti fondamentali, è irrinunciabile.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il giudice competente sul rimborso delle spese di lite in favore dell'imputato assolto con formula piena

di Giovanni Samuele Foderà

(Funzionario T.A.R. Sicilia – Palermo)

Sommario

1. Premessa; – 2. Il quadro normativo *ante* legge di bilancio 2020; – 3. La rifusione delle spese di lite nel processo penale: un'esigenza processuale da tempo avvertita; – 4. Gli artt. 1015 – 1022 della legge 30 dicembre 2020, n. 178 e il Decreto Rimborsi; – 4.1 Il procedimento; – 5. Il giudice competente; – 6. Conclusioni.

Abstract

The procedural-criminal legislation did not contain until the advent of art. 1, paragraphs 1015 - 1022, of the Law of 30 December 2020, n. 178 (containing: «State forecast budget for the financial year 2021 and multi-year budget for the three-year period 2021-2023», in the Official Gazette of 18-01-2021, n. 13), as better supplemented by the Decree of the Ministry of Justice in agreement with the Ministry of Economy and Finance of 20 December 2021, n. 476, in the Official Gazette of 20 January 2022, n.15 (so-called Reimbursement Decree of legal expenses), any provision, of a general nature, sanctioning the phenomenon of the reimbursement of judicial expenses incurred by the acquitted defendant (we will see with which formula, see par. 4) when the criminal action is initiated directly by the Public Prosecutor's Office.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa

La legislazione processual-penale non conteneva fino all'avvento all'art. 1, commi 1015 – 1022, della Legge 30 dicembre 2020, n. 178 (recante: «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023», in G.U. del 18-01-2021, n. 13), come meglio integrato dal Decreto del Ministero della Giustizia di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze del 20 dicembre 2021, n. 476, in G.U. del 20 gennaio 2022, n.15 (c.d. Decreto rimborsi delle spese legali), alcuna disposizione, a carattere generale, sancente il fenomeno della rifusione delle spese giudiziarie sostenute dall'imputato assolto (vedremo con quale formula, v. par. 4) quando l'azione penale sia avviata direttamente dalla Procura della Repubblica[1].

Il dirigismo statale, quindi, per lungo tempo ha escluso la condanna dello Stato al rimborso delle spese di giustizia sulla base di una "giustificata" esigenza di prevenzione e repressione dei reati, che a costo di un sacrificio ritenuto accettabile, quello delle finanze dell'*ex* accusato, comportava che lo Stato stesso non corrispondesse alcunché, salvo peculiari ipotesi (v. par. 2). Ora invece con l'avvento della legge n. 178/2020, come integrato dal Decreto "Rimborsi", trova riconoscimento nel nostro ordinamento e in termini generali l'istituto dell'"ingiusta imputazione"[2], per cui, fatte alcune premesse sistematiche e storiche, occorre esaminare il *novum* normativo per comprendere a mezzo di quale atto (concretamente un'istanza con annessi allegati) è riconosciuto questo tipo di rimborso, soffermandosi sulle tipologie di formule assolutorie che giustificano il beneficio (par. 4), sul procedimento a mezzo del quale è possibile richiederlo (par. 4.1), sulla natura della situazione giuridica sottesa e sul giudice chiamata a sindacarla (par. 5).

2. Il quadro normativo ante legge di bilancio 2020

Sul piano sistematico tanto nel diritto processuale penale, quanto in quello civile e persino nella legislazione speciale sono presenti disposizioni che disciplinano il fenomeno del rimborso delle spese giudiziarie o dalla quali è ritraibile in via interpretativa l'ottenimento del relativo diritto. Tali sono, rispettivamente, gli artt. 314, 541, 542, 643 c.p.p., l'art. 91 c.p.c., l'art. 2 ss. della Legge 24 marzo 2001, n. 80 (c.d. legge Pinto) e infine l'art. 18 D.L. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con modificazioni

[1] Per un esame sul piano del diritto processuale penale, alla luce del D.M. 20 dicembre 2021, sia consentito il rinvio a G. S. FODERÀ, *Il rimborso delle spese di lite da ingiusta imputazione*, in *Rivista penale e processo*, 2022; E. GRISONICH, *Le novità operative introdotte dal decreto interministeriale 20 dicembre 2021 in materia di rifusione delle spese legali agli imputati assolti*, in *Sistema penale*, 2022; R. NERUCCI-A. TRINCI, *Il principio di soccombenza dello Stato nel processo penale: un indennizzo da attività giudiziaria lecita*, in *il Penalista*, 3 febbraio 2021; E. SACCHETTINI, *Passa il principio di "chi perde paga": ristoro in parte per l'imputato assolto*, in *Guida dir.*, 2021, n. 5, 62 e ss.; G. SPANGHER, *Imputato assolto e rifusione (parziale) delle spese difensive: una previsione nello spirito solidaristico*, in *il Quotidiano giuridico*, 31 dicembre 2020.

[2] E. NAVARETTA, *Il danno non patrimoniale principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 338, nt. 81.

ISSN 2036-7821

dalla Legge 23 maggio 1997, n. 135, i quali, sebbene abbiano, ognuna d'esse, certune peculiarità oggettive e soggettive, fondando un comune meccanismo indennitario in favore dei soggetti danneggiati dal "sistema giustizia"[3].

L'art. 314, comma 1, c.p.p., in particolare, stabilisce che chi ha subito un'ingiusta detenzione – ossia una detenzione frutto di fatti e circostanze ai quali non ha dato corso o contribuito a darvi causa per dolo o colpa grave – ha diritto a un'equa riparazione del danno patito (c.d. ingiustizia sostanziale). Sorge in questo caso il diritto all'indennizzo parametrato alle conseguenze derivanti dall'ingiusta sottoposizione alla custodia cautelare subita[4].

La sentenza di assoluzione, tuttavia, costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per ottenere l'indennizzo in parola, dovendo il giudice del merito, cui la domanda è diretta, accertare anche la specifica condotta extraprocessuale e processuale del richiedente, in termini di dolo o colpa grave causativa dell'internamento, perché per espressa volontà legislativa tale accertamento costituisce un dato dirimente ai fini della relativa erogazione monetaria[5].

A mezzo dell'art. 315, comma 3, c.p.p. si attua poi il collegamento disciplinare dell'equa riparazione per l'ingiusta custodia cautelare subita con la disciplina dell'errore giudiziario a seguito di giudizio di revisione (art. 643 c.p.p. e ss.), anche per quanto riguarda il *plafond* massimo indennizzabile. Anche qui, infatti, il proscioglimento comporta – qualora sia escluso il dolo o la colpa grave nella contribuzione all'errore giudiziario – il riconoscimento del citato indennizzo, il quale per espresso dettato legislativo deve tener conto della durata della pena eventualmente espiata ovvero del periodo d'internamento in qualunque forma sofferto e dunque anche attraverso sanzioni sostitutive alla pena detentiva in senso stretto[6], nonché delle conseguenze personali e familiari patite in virtù della condanna. Queste ultime, peraltro, sebbene non espressamente menzionate a proposito dell'ingiusta custodia cautelare, sono dalla giurisprudenza di legittimità tradizionale prese in considerazione, quali "altri effetti pregiudizievoli" del valore

[3] Cass. pen., sez. III, 13.3.2008, n. 11251 ha stabilito che non ha diritto al risarcimento dei danni il cittadino che è stato ingiustamente imputato e poi assolto. Secondo la Suprema Corte "in tema di danni provocati dall'attività giudiziaria, l'ordinamento vigente prevede la riparazione del danno, patrimoniale e non patrimoniale, patito per: a) custodia cautelare ingiusta (art. 314 c.p.p.); b) irragionevole durata del processo (legge 24.3.2001 n. 89, c.d. legge Pinto); c) condanna ingiusta accertata in sede di revisione, ovverosia errore giudiziario (art. 643 c.p.p.); e che "non prevede invece alcun indennizzo per una imputazione ingiusta, cioè per una imputazione rivelatasi infondata a seguito di sentenza di assoluzione. Così come ovviamente non consente di duplicare, in sedi processuali diverse, la riparazione dello stesso danno"; in dottrina v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012.

[4] Cass. pen., S.U., 12 ottobre 1993, n. 748.

[5] Per una più esaustiva trattazione, sia consentito il rinvio a G. S. FODERÀ, *Ingiusta imputazione: il rimborso delle spese di lite nel processo penale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2022, 2 ss.

[6] A. FUSI, *Manuale dell'esecuzione penale*, in *Il processo penale dell'accusato*, collana diretta da E. Stefani, 2013, 223.

ISSN 2036-7821

"dinamico" che l'ordinamento costituzionale attribuisce alla libertà di ciascuno[7], invero lesa anche sotto il profilo delle spese di lite sostenute per la difesa tecnica del soggetto la cui responsabilità è stata definitivamente esclusa[8].

Gli artt. 542 e 427 c.p.p. regolano invece l'ipotesi della condanna alle spese in caso di reati a querela di parte e dunque di interessi per lo più a carattere personale. È però diversa l'imputabilità delle spese a seconda che trattasi di remissione o di improcedibilità/assoluzione: nel primo caso trova applicazione l'art. 340, comma 4, c.p.p., sicché le spese processuali in favore dello Stato sono poste in capo al querelato[9], salvo che nella remissione sia diversamente convento; nel caso di assoluzione/improcedibilità, invece, il giudice condanna il querelante alla rifusione delle spese e il relativo capo, inserito in sentenza, è espressamente appellabile (artt. 576, comma 2; 542 c.p.p.). Tale possibilità ricorre anche in caso di sentenza di non luogo a procedere *ex* art. 427 c.p.p.

È dato osservare che il giudice quando pronuncia con le formule ampiamente liberatorie che "il fatto non sussiste" o "l'imputato non lo ha commesso", se n'è fatta richiesta, condanna il querelante alla rifusione delle spese processuali sostenute dall'imputato. Inoltre, se il querelante si è costituito parte civile, il giudice lo condanna anche a quelle del responsabile civile[10]. Tale condanna, però, può essere esclusa qualora il giudice ravvisi "giustificati motivi" idonei a procedere alla compensazione totale o parziale[11].

L'art. 541, comma 2, c.p.p., a sua volta, prevede che qualora sia rigettata rigetta la domanda di restituzione o di risarcimento del danno o qualora l'imputato sia assolto per cause diverse dal difetto di imputabilità, "il giudice, se ne è fatta richiesta, condanna la parte civile alla rifusione delle spese processuali sostenute dall'imputato dal responsabile civile per effetto dell'azione civile, sempre che non ricorrano giustificati motivi per la compensazione totale o parziale", ossia gravi ed eccezionali ragioni, in analogia a quanto richiesto nell'ambito del processo civile dall'art. 92 c.p.c.[12]. Analogamente all'art. 96 c.p.c., se vi è colpa grave, il giudice, se ne è fatta richiesta, può inoltre condannarla al risarcimento dei danni causati all'imputato o al responsabile civile, i quali dovranno essere liquidati, anche d'ufficio, con la sentenza.

---

[7] Cass. pen, Sez. IV, 5 maggio 1995, n. 915; Id., S.U., 31 maggio 1995, n. 1; Id, Sez. IV, del 30 gennaio 2003, n. 4311; Id., Sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 6394.

[8] *Contra*, Cass. pen., Sez. IV, 7 novembre 2007, n. 4166.

[9] A. ANCESCHI, *L'azione civile nel processo penale*, in *Fatto & diritto*, collana diretta da P. Cendon, Milano, 2012, 158.

[10] L. PARLATO, *La rifusione delle spese processuali sostenute dall'assolto*, in AA. VV. *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2017, 231.

[11] F. RIGO, *La sentenza*, in *AA. VV., Trattato di procedura penale*, dir. da G. Spangher, vol. IV, tomo II, a cura di Spangher, Torino, 2009, 667

[12] Cass. pen., Sez. VI, 24 giugno 2021, n.35931.

ISSN 2036-7821

Nel processo civile, più in generale, è prevista la possibilità che il giudice disponga che sulla parte soccombente, sia essa attore o convenuto, gravino in tutto o in parte le spese processuali e legali della parte vincitrice (art. 91 c.p.c.): infatti il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente (o le parti soccombenti) al rimborso delle spese (effettivamente sostenute) a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Si tratta della regola di chiovendiana memoria secondo cui il processo non deve andare a danno della parte (o delle parti) che hanno ragione[13]. In termini più moderni, la norma attua il principio dell'efficienza allocativa o causalistica di un costo[14], quello processuale, in capo alla parte soccombente, non già a titolo di risarcimento dei danni per un comportamento che non è assolutamente illecito (in quanto espressivo di un esercizio di un diritto), quanto piuttosto quale conseguenza obiettiva della soccombenza e senza natura sanzionatoria[15]. La funzione è allora di remora e di stimolo del senso di auto-responsabilità, nel momento in cui il soggetto decide di agire o resistere in giudizio[16].

Tale principio sebbene richiamato in modo frammentario nel sistema penale in virtù delle differenze esistenti con quello civile, come si preciserà riceve per effetto della legge n. 178 cit., come integrata dal "Decreto rimborsi" nuova luce.

Altra norma di sicuro interesse è contenuta all'art. 2 della Legge 24 marzo 2001, n. 89, meglio nota come c.d. "legge Pinto", il quale dispone che "chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, § 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione".

Alla Legge Pinto si attribuisce il pregio di aver assunto i tratti di tipicità e specialità comuni all'ingiusta custodia cautelare (art. 314 c.p.p.), oltre che all'ingiusta condanna accertata in sede di revisione (art. 643 c.p.p.), in tema di errore giudiziario[17].

Analogamente alle menzionate ipotesi, il fatto giuridico costituito dall'irragionevole durata del processo deve accertarsi in concreto. Il che postula che la "durata del processo oltre il termine, in rapporto alle caratteristiche specifiche del processo medesimo, appaia irragionevole, indipendentemente dal fatto che ciò sia dipeso da

[13] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1940, 147; P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936; Corte Cost., 25 giugno 1985, n. 190.

[14] Cass. civ., 30 maggio 2000, n. 7182; Id., 15 ottobre 2004, n. 20335; Id., 27 novembre 2006, n. 25141; Id., 30 aprile 2010, n. 7625; Id., 30 marzo 2011, ord. n. 1307, le quali evidenziando che la "soccombenza" costituisce un'applicazione del principio di causalità.

[15] Cass. civ., 28 marzo 2001, n. 4485.

[16] A. CARRATTA – C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, I - Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2018, 53.

[17] G. S. FODERÀ, *Ingiusta* imputazione, cit., 11.

ISSN 2036-7821

comportamenti colposi di singoli operatori del processo o da fattori organizzativi di ordine generale riconducibili all'attività o all'inerzia dei pubblici poteri deputati a far funzionare il servizio giurisdizionale". Inoltre, è di corretta spettanza l'equa riparazione "anche quando il grave ritardo nella definizione dei processi sia causato da disfunzioni generalizzate, riferibili all'intero settore della giustizia o anche a singoli rami di essa o a singoli uffici giurisdizionali, ma pur sempre tali da sfuggire, nell'immediato, alla possibilità d'intervento dei singoli operatori coinvolti, loro malgrado, in tali disfunzioni"[18].

È opinione di chi scrive che il ristoro per la lesione subita può ricomprendere a titolo di danno patrimoniale, e nel segno di una civiltà giuridica acquisita, il rimborso delle spese di lite che la parte ha ingiustamente sostenuto in conseguenza dell'inutile protrazione del processo. Ciò, ovviamente, va valutando caso per caso, nel senso che molto dipenderà dallo sviluppo processuale, con la conseguenza che il ricorrente ha l'onere di provare la lesione della sua sfera patrimoniale quale conseguenza diretta e immediata di detta violazione, esulando il pregiudizio dalla fattispecie del danno evento. Pertanto, sono risarcibili non tutti i danni che si pretendono relazionati al ritardo nella definizione del processo, ma solo quelli per i quali si dimostra il nesso causale tra ritardo medesimo e pregiudizio sofferto. Inoltre, il danno economico può ritenersi ricollegato al ritardo nella definizione del processo solo se sia l'effetto immediato di tale eccessiva durata sulla base di una normale sequenza causale. In quest'ottica, l'equa riparazione a titolo di danno patrimoniale non può essere corrisposta quando le perdite (ivi comprese quelle per le ulteriori spese di lite) e i mancati guadagni allegati non siano conseguenza diretta ed immediata del perdurare del processo. In definitiva, ai sensi dell'art. 2 legge 89/2001, il danno risarcibile nel caso di violazione dell'articolo 6, paragrafo 1, della Ceduhttps://dejure.it/ -/ricerca/fonti_documento?idDatabank=7&idDocMaster=2834765&idUnitaDoc=8284909&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Giurisprudenza è diverso da quello connesso al giudizio irragionevolmente lungo, in quanto non è rappresentato dalla lesione del bene della vita ivi dedotta, identificandosi, invece, nel danno arrecato come conseguenza immediata e diretta, e sulla base di una normale sequenza causale, esclusivamente dall'eccessivo prolungarsi della causa oltre il termine ragionevole[19].

L'unica vera ipotesi in cui era possibile ravvisare una chiara *regula iuris* nel segno del rimborso delle spese di lite in favore dell'imputato assolto è quella prevista dall'art. 18 Decreto Legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito con modificazioni dalla Legge 23 maggio 1997, n. 135 (in G.U. 24 maggio 997, n.119). Si tratta invero di una ipotesi che

[18] Cass. civ., 03 gennaio 2003, n. 8.
[19] Cass. civile, Sez. II, 04 maggio 2022, n.14137.

ISSN 2036-7821

per lungo tempo ha avuto carattere eccezionale stante il fatto che l'ambito soggettivo è circoscritto alla responsabilità civile, penale e amministrativa dei dipendenti di amministrazioni statali – e per espressa previsione normativa anche del coniuge, dei figli e degli altri successibili ove il primo sia defunto (art. 20, comma 1, del D.P.R. 16 aprile 2009, n. 52 e degli artt. 21, comma 1 e 44, comma 1, del D.P.R. 16 aprile 2009, n. 51) – in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità[20].

In disparte tali peculiari ipotesi, già nel periodo *ante* legge n. 178 cit. era dibattuta l'ammissibilità di una condanna alle spese da parte dello Stato in caso di ingiusta imputazione, nonché la relativa latitudine, ossia se tale rimborso potesse riguardare in sede penale qualunque tipo di assoluzione o solo talune di esse (par. 4).

Occorre peraltro aggiungere che con la novella *de qua* emergeva un ragionevole dubbio sull'Autorità competente a statuire sulle spese legali (par. 4 ss.). Non era chiaro cioè se si doveva seguire la strada già percorsa dal codice del processo penale in numerose sue disposizioni, per cui la competenza è del giudice penale che pronuncia sull'[in-]sussistenza del fatto criminoso[21] oppure se questa spettava all'autorità amministrativa.

3. La rifusione delle spese di lite nel processo penale: un'esigenza processuale da tempo avvertita

In disparte le ipotesi previste dagli artt. 427, 541 e 542 c.p.p, disciplinanti la condanna alle spese della parte civile e del querelante, sulle quali nessun problema si pone circa il ristoro[22], maggiori problemi suscita il caso in cui l'iniziativa promani dal pubblico ministero.

Questa è una tematica assai importante e delicata, avvertita anche oltre i confini nazionali[23], tanto è vero che nel corso del tempo varie iniziative di riforma si sono susseguite. A un disegno di legge del 2001, che mirava a introdurre forme di detrazione fiscale delle spese legali a favore dell'assolto (d.d.l. n. 913, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 3.12.2001), hanno fatto seguito altri impulsi di matrice governativa nel 2004 (Ministro Castelli) e parlamentare nel 2012 (Deputato Galli).

---

[20] Corte Costituzionale, con sentenza 9 dicembre 2020, n. 267, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma, nella parte in cui non prevede che il Ministero della giustizia rimborsi le spese di patrocinio legale al giudice di pace nelle ipotesi e alle condizioni stabilite dalla norma stessa; Cons. Stato, sez. II, 05 aprile 2023, n.3515; T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 21 marzo 2022, n.8269; T.A.R. Palermo, (Sicilia) sez. I, 11/07/2013, n.1485.

[21] G. S. FODERÀ, *Il rimborso delle spese di lite da ingiusta imputazione*, cit., 6 ss.

[22] L. PARLATO, *La rifusione delle spese processuali sostenute dall'assolto*, in AA. VV. La *vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2017.

[23] L. PARLATO, *Il rimborso delle spese processuali in caso di assoluzione nell'ordinamento tedesco*, in *Cass. pen.*, fasc.10, 2014, 3498B.

ISSN 2036-7821

Con il disegno di legge n. 2153 d'iniziativa parlamentare (presentato in data 3.12.15 dal Senatore Albertini) si era proposto di modificare all'art. 530 c.p.p., introducendo la possibilità di ottenere da parte dell'indagato o dell'imputato innocente il rimborso delle spese di giudizio.

Il citato diritto secondo i suoi sostenitori rappresentava un principio di equità e di giustizia reale e concreta. Si legge nel testo all'esame della Commissione giustizia che "Qualora un cittadino sia accusato di un reato e sottoposto a indagine, e il giudice accerti che non l'ha commesso o che il fatto non costituisce reato o, ancora, che il fatto non è previsto dalla legge come reato, lo stesso giudice condanna la parte soccombente alla completa riparazione delle spese di giudizio, come comprovate dalla documentazione. Oggi, infatti, molte volte i cittadini sono costretti a subire quella che viene definita «una cattiva giustizia». Spesso accusati di reati anche gravi, subiscono traversie giudiziarie che si ripercuotono pesantemente anche sulle loro condizioni morali, familiari ed economiche. È quindi necessario intervenire ponendo un principio di equità all'interno del processo penale affinché, in caso di palese innocenza del cittadino, questo possa essere alleviato dalla totalità delle spese di giudizio da lui sopportate. Si tratta di una norma di civiltà giuridica che rileva che il cittadino deve essere sempre e in ogni caso tutelato quando ne ricorrano i giusti presupposti, ovvero qualora non abbia commesso il fatto o il fatto non costituisca reato o il fatto non sia previsto dalla legge come reato".

Risultava così proposto il seguente art. 530 c.p.p.: «2-bis. Se il fatto non sussiste, se l'imputato non lo ha commesso, se il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice, nel pronunciare la sentenza, condanna lo Stato a rimborsare tutte le spese di giudizio, che sono contestualmente liquidate. Se ricorrono giusti motivi il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti. Nel caso di dolo o di colpa grave da parte del pubblico ministero che ha esercitato l'azione penale, lo Stato può rivalersi per il rimborso delle spese sullo stesso magistrato che ha esercitato l'azione penale»[24].

La disposizione in questione, fra le altre, prevedeva dunque una precisa norma volta ad assegnare la legittimazione a statuire sulle spese al giudice penale sia perché egli era ritenuto il migliore conoscitore e dunque decisore "del fatto", sia per dare la stura al principio di economicità dei mezzi giuridici, nonché di speditezza degli stessi. Del resto una [ri-]soluzione ottimale non può che investire il rapporto processuale nella sua globalità, donde dare omaggio al principio di efficienza dell'azione giudiziaria.

Tali d.d.l. per diverso tempo però sono rimasti lettera morta, vuoi per l'instabilità politica che ha caratterizzato il nostro Paese, vuoi perché altre e più impellenti esigenze od obiettivi sono stati perseguiti. Solo con la legge 30 dicembre 2020, n.

[24] Senato della Repubblica, XVII LEGISLATURA, disegno di legge n. 2153 del 3 dicembre 2015.

ISSN 2036-7821

178 cit., allora, è stato portato a compimento questo percorso, i cui esiti rappresentano una vera e propria rivoluzione copernicana in ambito penale.

4. Gli artt. 1015 – 1022 della legge 30 dicembre 2020, n. 178 e il Decreto Rimborsi

Come si accennava a par. 1, il rimborso delle spese di lite nel processo penale in favore dell'imputato assolto opera per talune formule assolutorie, le quali, più nel dettaglio, sono espressamente individuate dal comma 1015 dell'art. 1 della legge n. 178 cit. Questa disposizione, infatti, prevede che l'istituto operi quando sia stata pronunciata una "sentenza divenuta irrevocabile" avente quale formula assolutoria quella "perché il fatto non sussiste, perché non ha commesso il fatto o perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato". Con la precisazione, fatta propria dal cd. Decreto "Rimborsi", che devono essere esclusi i "casi di assoluzione da uno o più capi d'imputazione e condanna per altri, di estinzione del reato per avvenuta amnistia o prescrizione e di sopravvenuta depenalizzazione dei fatti oggetto d'imputazione"[25].

Al ricorrere dei presupposti di cui sopra, prevede la norma, la parte istante ha la possibile chiedere il "rimborso delle spese legali nel limite massimo di euro 10.500", fermo restando che "non viene minata la libertà del difensore di concordare la parcella con il proprio assistito. Fino a euro 10.500,00 può esserci un rimborso, le parcelle verranno rimborsate nei predetti limiti"[26].

Questa norma nella parte in cui riconosce il diritto al rimborso delle spese di lite rappresenta non solo l'attuazione degli artt. 2, 3, 24 e 111 Cost.[27], ma anche un ammodernamento giustiziale in chiave distributiva ovvero un segno di civiltà giuridica che si pone in linea con quanto previsto in altri Paesi, come quello tedesco[28], ma anche spagnolo[29].

In linea poi con le altre disposizioni che riconoscono la corresponsione di un indennizzo (v. par. 2 sulla riparazione del danno da ingiusta detenzione e sulla

[25] Decreto interministeriale 20 dicembre 2021, primo "rilevato"; per una valutazione sulla portata di tale norma interministeriale, sia consentito G. S. FODERÀ, *Il rimborso delle spese di lite da ingiusta imputazione*, cit., 4; in una prospettiva di *favor*, peraltro, l'art. 1015 può trovare applicazione sia con riferimento all'assoluzione prevista dai commi 1 e 2 dell'art. 530 c.p.p. (L. N. MEAZZA, *Rimborso delle spese legali nel caso di assoluzione: intervista a Enrico Costa*, 29 dicembre 2020, in Giurisprudenza penale) che dall'art. 129 c.p.p. Vi può poi rientrare l'ipotesi di archiviazione davanti al G.I.P. per infondatezza della notizia e quella in cui "il fatto non è previsto dalla legge come reato", nonché, con alcune puntualizzazioni, i pronunciamenti nell'udienza preliminare la quale, oltre a fungere da sede in cui il giudice è chiamato a controllare la legittimità e il merito della richiesta di rinvio formulata dal pubblico ministero, è anche la sede in cui è possibile definire anticipatamente il processo penale, quando il giudice accoglie la richiesta di patteggiamento o di rito abbreviato.

[26] L. N. MEAZZA, *op. ult. cit.*; cfr. gli artt. 1015 a 1017, nonché il secondo "rilevato" del cd. Decreto in ordine alle modalità operative di ripartizione del rimborso.

[27] L. N. MEAZZA, *Rimborso delle spese legali nel caso di assoluzione*, cit.

[28] L. PARLATO, *Il rimborso delle spese processuali in caso di assoluzione nell'ordinamento tedesco*, cit.

[29] J. MONTERO AROCA – J. L. GOVEZ COLOBER – S. BARONA VILAR – I. ESPARZA LEIBAR – K. F. ETXEBERRUA GURIDI, Derecho jurisdizional III. Proceso penal, Valencia, 2015.

ISSN 2036-7821

revisione per di errore giudiziario)[30], come accennato, è previsto un limite massimo oltre il quale il pregiudizio non è ristorabile. Esso, analogamente alla *ratio* che governa l'importo massimo indennizzabile a titolo d'ingiusta detenzione, funge da "base di calcolo" e assolve non solo a una funzione "normalizzatrice" tesa a garantire un trattamento tendenzialmente uniforme, ma anche a garantire che il Fondo, costituito da una dotazione di euro 8 milioni annui a decorrere dall'anno 2021, non si esaurisca rapidamente (art. 2, comma 2, Decreto cit.). Questo ammontare rappresenta un condizionamento finanziario legislativamente ragionevole, giacché il nucleo invalicabile del diritto leso non è certamente quello che tende al ristoro, il quale ha semmai carattere accessorio, bensì quello del soggetto di essere sgravato da qualsiasi incolpazione condizionante la sua vita di relazione. Fermo restando che tale Fondo è utilizzabile, per precisa scelta legislativa, solo per le sentenze divenute irrevocabili dopo la pubblicazione della citata normativa (comma 1021). Invero, però, il Decreto cit. sul piano del diritto intertemporale trova applicazione a partire dal 1° gennaio 2022, mentre per le sentenze divenute irrevocabili nel 2021, le istanze di rimborso potevano essere eccezionalmente presentate dal 1 marzo al 30 giugno 2022 (artt. 6, comma 2, e 3, comma 5, Decreto n. 476).

Giova peraltro segnalare che la legge prevede che il Decreto fissi i "criteri" e le "modalità di erogazione dei Rimborsi", nonché "le ulteriori disposizioni ai fini del contenimento della spesa nei limiti di cui al comma 1020", finendo così per condizionare il recupero delle spese legali dell'incolpato assolto con formula piena.

Oltre agli aspetti procedurali di cui si dirà (par. 4.1), fra i fattori condizionati vi è innanzi tutto il meccanismo compensativo per effetto dell'assoluzione da uno o più capi di imputazione e condanna per altri. Soluzione questa che sebbene rappresenti una scelta puramente legislativa, tuttavia, desta qualche perplessità poiché non pare rispettosa del principio di proporzionalità tra reati e, in definitiva, di ragionevolezza. È innegabile infatti che non possa essere attribuito lo stesso peso ai fatti criminosi diversi fra loro che, per ipotesi, possono essere contestati all'imputato nel corso dello stesso processo, perché diversi possono essere i beni giuridici lesi. Occorrerebbe piuttosto procedere caso per caso, verificando se effettivamente i reati contestati, avendo beni giuridici equivalenti, possano essere "compensati" sotto il profilo delle spese. In ogni caso, il Decreto cit. parrebbe escludere la citata compensazione nei procedimenti penali connessi, ma non riuniti.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 3, comma 3, lett. n) ed i) del Decreto cit. è previsto che l'istanza deve contenere la dichiarazione e la documentazione sul "reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente a quello del passaggio in giudicato della sentenza di assoluzione". Previsione, questa, che può condizionare l'attività liquidatoria

[30] G. SPANGHER, *Imputato assolto e rifusione (parziale) delle spese difensive*, cit., 1.

ISSN 2036-7821

dell'Amministrazione tanto sotto il profilo temporale (art. 4, comma 2 Decreto cit.) quanto sul *quantum* da rimborsare. La sua menzione infatti non pare abbia un senso esclusivamente sull'ordine di preferenza delle domande, bensì può essere utilizzato come una sorta di grimaldello per condizionare l'ammontare dell'importo ristorabile, non sussistendo un obbligo di corrispondenza tra quanto indicato nella fattura quietanzata e quanto erogato dallo Stato. Per questa ragione appare necessario che l'atto amministrativo sia adeguatamente motivato sotto il profilo della scelta del *quantum*, donde possa essere scrutinato dal giudice amministrativo.
In terzo luogo, come si dirà (par. 5), occorre che l'istanza sia depositata entro e non oltre il 31 marzo dell'anno successivo a quello nel quale la sentenza è divenuta irrevocabile, pena l'irricevibilità definitiva della stessa istanza.
È dunque innegabile come il citato Decreto in questo modo miri a contenere la spesa pubblica.
Il limite di euro 10.500,00 peraltro non esime l'Autorità preposta dall'obbligo di valutare le specificità, positive o negative, di ciascun caso e, quindi, di pervenire a una statuizione sulle spese più equa possibile, perché rispondere alle diverse situazioni sottoposte al suo esame, potendo in questo *range* spaziare[31]. In questo contesto tra gli elementi da tener in considerazione ai fini della liquidazione del rimborso in parola occorrerà attribuire, ai sensi del comma 1019, rilevo con veste prioritaria "al numero di gradi di giudizio cui l'assolto è stato sottoposto e alla durata del giudizio".
È certo che tale limite costituisce il *plafond* massimo che l'Amministrazione potrà rimborsare al soggetto assolto (art. 1, comma 4, Decreto cit.). Da questo punto di vista però si coglie la diversità rispetto alla disciplina prevista per i dipendenti pubblici la cui responsabilità civile, amministrativa e penale è stata esclusa. L'art. 18 D.L. 25 marzo 1997, n. 67 cit., infatti, deve essere integrato dai diversi CCNL che nel tempo sono susseguiti nei vari comparti (si veda ad esempio CCNL Funzioni Centrali 2016-2018). Attraverso questi, di norma, viene previsto che l'ente, anche a tutela dei propri diritti ed interessi assumere a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto di interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento, facendo assistere il dipendente da un legale di comune gradimento. Questa regola tuttavia trova un duplice limite: il primo nel comma 1 dell'art. 18 ove si prevede che "le spese legali […] sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato", sì da cogliersi una valutazione discrezionale rimessa alla difesa erariale, il cui parere sarà sindacabile a metro delle figure

[31] Secondo l'On.le Costa, la cui intervista è contenuta in L. N. MEAZZA, *op. ult. cit.*, "Non ci sarà una valutazione di un giudice in merito alla congruità o alla sussistenza del diritto al rimborso, che sarà oggettivo. L'unico problema è la capienza del fondo per pagare tutti i Rimborsi".

ISSN 2036-7821

sintomatiche sull'eccesso di potere[32]. Il secondo limite, più generale, si ravvisa nel comma 2 dello stesso articolo, ove si tiene conto dello stanziamento iscritto a bilancio e quindi sotto il profilo del contenimento della spesa pubblica.
Inoltre, la legge n. 178 cit. non prevede che questo rimborso sia liquidato con la sentenza che chiude il processo, ma richiede che la pronuncia sia irrevocabile o definitiva "nell'anno precedente a quello della sua presentazione" dell'istanza (art. 2, comma 1, lett. f), Decreto cit.), il che si verifica quando non può più essere impugnata, perché sono scaduti i termini per ricorrere al grado di giudizio superiore (per l'appello o per il ricorso in Cassazione), ovvero quando la stessa è stata confermata dalla Cassazione.

4.1 Il procedimento

Nel dettare i criteri e le modalità operative per ottenere il rimborso, il Decreto interministeriale prevede che l'indagato/imputato ne abbia diritto solo se, ai sensi del comma 1017, formuli e depositi personalmente[33] utilizzando la "Piattaforma Fondo Assolti" del Ministero della Giustizia cui si accede tramite SPID di livello due, istanza contenente, ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, oltre che i propri dati identificativi, anche tutti gli elementi menzionati dall'art. 3, comma 3, del Decreto cit., in quanto ritenuti utili ai fini del rimborso (ad es., la fattura quietanzata del difensore che la parte ha assistito e l'espressa indicazione nella stessa della causale di pagamento in favore del procuratore; tale documento fiscale deve essere corredato dal parere di congruità del competente Consiglio dell'ordine degli avvocati, nonché dalla copia della sentenza di assoluzione con attestazione di cancelleria della sua irrevocabilità; quindi anche l'indicazione dell'Ufficio che ha emanato la sentenza, con la relativa data, nonché la durata del processo, la quale invero può essere anche scarsamente significativa in quanto essa può dipendere anche da comportamenti tenuti dall'imputato), depositando, ai sensi dell'art. 3, comma 4, Decreto n. 476 cit. la relativa documentazione a supporto.
La presentazione di questa domanda di carattere telematico, analogamente a quanto accade per il patrocinio a spese dello Stato, è un di più che non emergeva dal testo normativo, ma che ora è prevista dal Decreto, il quale sotto questo punto di vista pare ispirato all'innovazione tecnologica e alla transizione digitale[34]. Si tratta però di

[32] T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 21 giugno 2022, n.8269; in dottrina v. M. GERARDO, *Il rimborso delle spese di patrocinio legale nei giudizi di responsabilità nei confronti di dipendenti pubblici ai sensi dell'art. 18 del D.L. 25 marzo 1997 n. 67*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 3/2018.

[33] L'art. 3, comma 2, Decreto cit. prevede però che "[…] nel caso di imputati minorenni o incapaci, dal titolare della responsabilità genitoriale o da chi ne ha la rappresentanza legale. In caso di morte dell'imputato l'istanza può essere presentata da uno degli eredi nell'interesse di tutti gli aventi diritto alla successione".

[34] A questo fine, v. Camera dei deputati, documentazione parlamentare, *La transizione digitale della pubblica amministrazione, Studi – Istituzioni della Pubblica amministrazione*, in www.temi.camera.it; L. BUCCOLIERO, *Governo elettronico. Modelli strategie e soluzioni innovative per una pubblica amministrazione digitale*, Milano, 2009; M.

leitmotiv incompiuto poiché nel momento stesso in cui è richiesto all'istante l'onere di allegazione dei documenti di cui all'art. 3, comma 4, Decreto cit. si tende a svilire quella logica di collaborazione procedurale ovvero di interscambio d'informazioni che dovrebbe consentire alle Amministrazioni interessate, e cioè al Ministero della Giustizia e al Ministero dell'Economica e delle Finanze, di operare con economicità, efficacia e tempestività[35]. Da questo punto di vista, dunque, a occuparsi del rimborso non è il giudice che ha pronunciato l'assoluzione (par. 3), bensì l'Amministrazione, mediante apposita Agenzia. Ciò trova conferma nell'art. 5, comma 1 del citato Decreto interministeriale, ove stabilisce che, ai fini dell'individuazione delle istanze che possono essere accolte, il Ministero della giustizia procede al controllo di effettiva corrispondenza tra quanto dichiarato dall'istante nella domanda e la documentazione allegata a supporto, "tramite proprio personale o avvalendosi, in forza di apposita convenzione, del personale di Equitalia Giustizia S.p.A.". Quest'ultima è stata la modalità prescelta essendo stata siglata il 21 novembre 2022 tra il Ministero della Giustizia ed Equitalia Giustizia la Convenzione per lo svolgimento delle attività propedeutiche al rimborso delle spese legali agli imputati assolti, approvata poi con successivo Decreto del 14 dicembre dello stesso anno.
È previsto infine che l'istanza debba "essere presentata entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello in corso alla data di irrevocabilità della sentenza di assoluzione. Le istanze presentate dopo tale termine non saranno esaminate". Si tratta com'è intuibile dalle espressioni usate di un termine di decadenza superato il quale la presentazione della richiesta non potrà essere esaminata. Scelta che oltremodo appare ragionevole in quanto disincentiva la potenziale e massiccia refluenza di istanze tendenti al rimborso. Da ciò conseguendo sul piano processuale una pronuncia di inammissibilità della domanda in ragione della occorsa decadenza, il soggetto non avendo più un interesse attuale all'ottenimento del bene della vita.
A conclusione dell'ambito procedurale è poi stabilito che "le istanze non completate in tutti gli elementi elencati dall'art. 3 comma 3 [Decreto "Rimborsi"] e prive della documentazione indicata dal comma 4 non saranno valutate".
Questa disposizione desta più di qualche perplessità dogmatica, giacché contrasta con il basilare principio sancito dall'art. 6 della Legge n. 241/90 che consente il soccorso istruttorio, fra gli altri, nel caso in cui le istanze risultino erronee o incomplete. Ne consegue che tale Decreto nella parte in cui prevede questa preclusione potrebbe risultare illegittimo per violazione, fra gli altri, dell'art. 97 Cost. La lettura combinata delle due disposizioni tuttavia consente di superare la problematica, imponendo all'Amministrazione di agire in modo efficace e

PORCU, *La transizione digitale della pubblica amministrazione*, in *altalex.it*; AA.VV., *Diritto ed Economia dei mezzi di comunicazione*, in *Periodico quadrimestrale di approfondimento sul mondo della comunicazione* (a cura di A. Di Amato), Arezzo, 2021, 1, 65.

[35] Su tali criteri v., T.A.R. Lazio, Roma, 20 maggio 2014, n. 5280.

ISSN 2036-7821

collaborativo con il cittadino, nulla escludendo che ulteriori difetti istruttori possono essere fatti valere in sede giurisdizionale, insistendo del pari, e come si dirà, per la concessione del bene della vita, ove non residui alcun potere discrezionale in capo all'Amministrazione.
La mancanza d'interscambio informativo tra amministrazioni impone poi al soggetto istante di mettere a disposizione dell'Amministrazione chiamata al rimborso i propri dati, consentendo alla stessa di conoscerli ed elaborarli, giacché, diversamente dalla bozza dell'art. 530, comma 2-bis, c.p.p. ove era previsto il potere del giudice di liquidare le spese di giudizio (par. 3), nella legge n. 178 cit. non è prevista alcuna disposizione sancente le modalità di conoscenza del fascicolo processuale; né ciò è ora previsto dall'art. 5 del Decreto cit., il quale si limita a prevedere che per le istanze che devono essere accolte sia adottato decreto da parte del Capo Dipartimento per gli affari di giustizia, poi approvato dal Ministero e pubblicato sul sito istituzionale dell'ente, onde, decorsi quindici giorni dalla pubblicazione, sia ordinata l'emissione dei mandati di pagamento.
Superato è, infine, il problema rilevato dall'On.le Costa, ossia quello di "individuare, all'interno della platea di richiedenti, lo schema delle priorità in caso non ci fosse una copertura sufficiente". Al riguardo, infatti, l'art. 4 prevede il seguente ordine: istanze provenienti dalla Corte di Cassazione ovvero da giudice del rinvio o comunque che abbiano avuto una durata superiore ad otto anni; o provenienti del giudice d'appello o comunque di durata da cinque a otto anni; e, infine, provenienti dal giudice di primo grado o comunque di durata fino a cinque anni. Nell'ambito di ciascun gruppo deve essere data preferenza al procedimento più antico, e a parità di durata, a quello nel quale l'istante dimostri il reddito più basso.

5. Il giudice competente

Nella vicenda di che trattasi, la posizione giuridica di partenza riconosciuta per mezzo del provvedimento assolutorio in sede penale è da qualificare come aspettativa, ossia quale situazione in cui versa un soggetto nelle more del completamento della fattispecie costitutiva di una situazione di vantaggio (diritto o potere)[36]. Essa implica dunque un processo di completamento della premessa minore del sillogismo, che si risolve generalmente, ma non necessariamente[37], in un successivo provvedimento[38]. Si tratta di una situazione giuridica di pendenza, come la *chance* ma da cui se ne dissocia, in quanto nella prima il fatto perfezionativo della fattispecie deve essere futuro ma non necessariamente incerto nel suo verificarsi,

[36] E. CASETTA, *Manuale diritto amministrativo*, Milano, 2011, 337.
[37] G. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013, 179 ritiene che il processo di completamento dell'aspettativa può esplicarsi, come nel caso di pendente condicione, in un fatto causale.
[38] S. RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 3.

ISSN 2036-7821

essendo, anzi, il più delle volte connotato dalla certezza[39], giacché la determinazione amministrativa non può qualificarsi come un dato eventuale, atteso che l'azione amministrativa è improntata essenzialmente ai canoni della legalità e tipicità.
L'incertezza, al più, può dipendere dall'iniziativa del privato, che può decidere di non agire in sede procedimentale e, in caso d'inerzia dell'amministrazione, in quella processuale. Qualora però dia impulso alla propria iniziativa, egli è tenuto a presentare istanze, più che conservative, di tipo partecipativo e cooperativo, dunque dinamiche o attive. Ciò consentendo di rileggere la situazione del privato che partecipa al procedimento amministrativo alla stregua di un'aspettativa legittima o qualificata al conseguimento del bene della vita, traducendosi dunque, nella logica della legge n. 241/90, in una situazione soggettiva di natura strumentale la quale mira anche ad orientare il procedimento amministrativo secondo criteri di correttezza[40].
Nello specifico, l'assolto in confronto con il pubblico potere vanta una posizione qualificata in termini di interesse legittimo da valere intanto in sede procedimentale in quanto, ove occorra, in sede processuale.
Nel rapporto con tale potere la situazione soggettiva presa in considerazione è di interesse legittimo pretensivo, sebbene strumentale al diritto soggettivo al rimborso delle spese di lite quale bene della vita spettante sotto il profilo dell'*an* benché incerto sotto il profilo del *quid*, e dunque quale situazione che concerne l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo riguardando un provvedimento riconducibile mediatamente all'esercizio del menzionato potere, per tratti vincolato, la cui cognizione spetta al giudice amministrativo, quale giudice naturale della funzione amministrativa.
Ne conseguono i seguenti corollari: sussiste l'obbligo giuridico di provvedere con provvedimento espresso da parte dell'amministrazione a fronte dell'istanza di parte; in caso d'inerzia dell'amministrazione sull'istanza di rimborso, l'istante può adire il giudice amministrativo impugnando il silenzio, stante il disposto di cui al comma 3 dell'art. 31 c.p.a. a tenore del quale il giudice il giudice non può pronunciare sulla fondatezza della pretesa quando residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità o quando sono necessari adempimenti istruttorio che debbano essere compiuti dall'amministrazione, profili questi che nel caso di specie ineriscono al *quantum debeatur*. Certo è vero che per il principio di diritto secondo cui ormai il giudice amministrativo ha "accesso diretto al fatto" dovrebbe inferirsi che lo stesso possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, riservando all'amministrazione il solo compito di determinare il *quantum* e, in caso di ulteriore inerzia, di nominare un

[39] Sulla distinzione tra *chance* e aspettativa, v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile. Le obbligazioni*, vol. II, Milano, 2008, 509.
[40] V. ANTONELLI, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana: La giuridificazione*, a cura di B. Marchetti e M. Renna, Firenze, 2017, 84.

ISSN 2036-7821

commissario ad acta che tenga luogo della volontà di quella, donde la messa a disposizione del giudice nei necessari "poteri, istruttori e decisori"[41].
Ove pertanto il Capo Dipartimento per gli affari di giustizia, emani il decreto, poi approvato dal Ministero e pubblicato sul sito istituzionale dell'ente, dovranno essere impugnati entrambi, giacché, mentre il primo costituisce il *prius* logico e giuridico, è il secondo che consente all'atto di dispiegare effetti sul piano esterno, decorrendo il *dies a quo* dalla pubblicazione dello stesso sulla pagina istituzionale dell'ente.
Allo stato attuale tuttavia quelle sinora esposte sono considerazioni che non trovano riferimenti giurisprudenziali in quanto trattasi di una tematica nuova, ma comunque affine a quella prevista dall'art. 18 D.L. 25 marzo 1997, n. 67 cit. In entrambe le ipotesi infatti è richiesta una sentenza o provvedimento che escluda la responsabilità del soggetto incolpato/imputato, cioè sia stata acclarata, in via definitiva e certa, l'estraneità di questi dai fatti addebitati; ulteriore premessa è data dall'esistenza di una formula pienamente assolutoria, sicché la responsabilità non può essere esclusa quanto "manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile", ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p.[42], ovvero quando il procedimento sia concluso con una sentenza in rito[43]. In questi casi non è dunque dato riconoscere alcun rimborso, né tale ristoro può essere ottenuto per le spese sostenute dal soggetto nella fase precedente all'istaurazione del giudizio (si pensi alle investigazioni difensive), poiché quest'ultime esulano dall'ambito oggettivo di riferimento.

6. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, è possibile sostenere che la novella del 2020/2021 apra la strada verso una giustizia che ripara, anche sotto il profilo del rimborso delle spese legali, e non solo che punisce, evocativa, del presupposto della bilateralità propria di ogni determinazione giuridica, il riconoscimento dell'altro, secondo un'uguaglianza fondamentale. Essa rappresenta una conquista solo recente del legislatore nostrano, il quale nel processo penale avvicinandosi ad altre realtà giuridiche (si pensi a quella spagnola) si è affrancato da quella prospettiva "statocentrica" che per molto tempo l'ha caratterizzato[44]. Assumendo poi che la presunzione di innocenza costituisce secondo la dottrina più erudita "patrimonio

[41] Cons. Stato, n. 1069, cit.
[42] Cons. Stato sez. II, 21/06/2013, n.2908; T.A.R. Sicilia (Palermo), sez. I, 11 luglio 2013, n. 1485; T.A.R. Campania (Napoli), sez. VI, 27 febbraio 2008, n. 968.
[43] Corte Conti, sez. II, 06 aprile 2006, n. 139.
[44] R. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008.

ISSN 2036-7821

comune della cultura moderna"[45], del pari essa impinge l'assoluzione ampiamente liberatoria dell'imputato, cui accessoriamente spetta il diritto al ristoro delle spese legali.

A sedimentazione di un percorso normativo che principia, e si alimenta, con le disposizioni del codice di procedura penale (gli artt. 314, 541, 542, 643) e della legislazione speciale (la legge Pinto, ad esempio), la tematica del rimborso delle spese legali da ingiusta imputazione, peraltro, ha il suo antesignano nell'art. 18 D.L. 25 marzo 1997, n. 67 cit., benché questa rappresenti una norma eccezionale, non estendibile analogicamente.

Questa normativa tende al ristoro della sfera patrimoniale del soggetto leso dal sistema giustizia e in definitiva attua anche il principio di matrice processual-civile della soccombenza (art. 91 c.p.c.).

Vero ciò, è innegabile che ad oggi non esiste nel codice di procedura penale una disposizione che sancisca espressamente il principio di soccombenza dello Stato in caso di assoluzione dell'imputato con formula ampiamente liberatoria.

L'art. 535 c.p.c., rubricato "condanna alle spese", nel suo primo comma infatti prevede che "La sentenza di condanna pone a carico del condannato il pagamento delle spese processuali". L'art. 67, comma 2, lett. a), della l. 18 giugno 2009, n. 69, a sua volta, ha epurato tale disposizione dall'inciso finale ivi previsto, secondo cui tali spese processuali sarebbero "relative ai reati cui la condanna si riferisce". L'eliminazione di queste parole consegna all'interprete una disposizione di più ampia portata, da leggere ed interpretare estensivamente, oltre che secondo una logica inversa. Se è vero infatti che similmente al processo civile, l'art. 535 c.p.p. sancisce il principio della soccombenza processuale, è del pari vero che la norma può essere interpretata nel senso che la sentenza di assoluzione pone a carico della parte che ha torto, e tale si configura quando l'imputazione è risultata ingiusta, il pagamento delle spese processuali. Al giudice penale, tuttavia, è impedito statuire concretamente sulle spese, il legislatore avendo con l'art. 1, commi 1015 e ss. della Legge 30 dicembre 2020, n. 178, come integrata dalla disciplina di dettaglio (D.M. del 20 dicembre 2021, n. 476), frammentato la disciplina, rimettendo all'Autorità amministrativa il compito di vagliare le istanze volte alla liquidazione delle spese di lite in questione.

In concreto, l'aspetto positivo della normativa attiene alla sua portata generale, in quanto valevole per tutti i soggetti pienamente assolti da accuse penali mosse a loro carico. Di contro, i profili negativi solo principalmente legali al processo di frammentazione procedimentale, tra Autorità giudiziaria ed amministrativa, e all'assenza di una norma *ad hoc* sancente il principio di soccombenza processuale, come invece prevedeva la bozza del comma 2-bis dell'art. 530 c.p.p.

[45] G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 24-28.

ISSN 2036-7821

Come chiarito, la normativa *de qua* definisce l'ambito oggettivo e soggettivo di riferimento, l'*iter* procedimentale, i meccanismi preclusivi, il tutto nel confronto con il pubblico potere. Ciò permette di definire anche la situazione giuridica soggettiva di riferimento e di individuare il giudice naturale, quello amministrativo, stante anche lo sradicamento, o meglio la mancata assegnazione, di tale potere in capo al giudice penale.

Manca allo stato, però, un formante giurisprudenziale in grado di offrire precipue coordinate alla materia in questione. Alcune possono trarsi da quella giurisprudenza che si è formata a proposito del rimborso delle spese legali da parte del dipendente pubblico non ritenuto responsabile in sede civile, amministrativa o penale, ancorché questa solo lambisce la tematica in oggetto. Il confronto costruttivo tra dottrina e giurisprudenza rappresenta, allora, un viatico indispensabile per definire precipuamente la tematica in questione.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La fine della proroga delle concessioni demaniali marittime: la Direttiva Bolkestein immediatamente applicabile al diritto interno e le inevitabili conseguenze in tema di gare pubbliche e concorrenza. Sulla scia della pronuncia Promoimpresa. Sentenza Corte di Giustizia UE n. C. 348/2022 del 20.04.2023

di Linda Giovanna Vacchiano

(Avvocato comunale di Nocera Inferiore)

Sommario

1. Premessa. 2. I quesiti posti dal tar puglia alla corte di giustizia UE. Influenza della tesi sostenuta dall'adunanza plenaria nelle sentenze gemelle 17 e 18 del 2021. 3. La risposta decisa della Corte di Giustizia UE: la supremazia del diritto eurounitario sul diritto nazionale con esso contrastante. La Direttiva Bolkestein nella sua potestà immediatamente applicativa. 4. La disciplina italiana in materia di concessioni demaniali marittime. 5. L'analisi comparata delle normative a confronto: prevalenza del diritto UE. Le questioni affrontate dalla Corte di Giustizia UE. 6. L'interpretazione della Direttiva Bolkestein come Direttiva self-executing. 7. Gli effetti della portata applicativa diretta della Direttiva Bolkestein sul diritto nazionale: il ruolo dei poteri dello stato italiano. 8. Conclusioni. 9. I nuovi interrogativi e le questioni irrisolte.

Abstract

The reference for a preliminary ruling promoted by the Puglia Regional Administrative Court in the matter of state-owned maritime concessions found its epilogue in the ruling of the EU Court of Justice relating to case C. 248/2022 dated 04.20.2023.

Preliminary referral order no. 743 of 11.05.2022 of the Puglia-Bari TAR had found the starting point for the postponement of the matter by virtue of the appeal of the Resolution of G.C. no. 225/2020 of the Municipality of Ginosa and concerning the policy act for the implementation of the provisions of Law no. 145/2018, art. 1, paragraphs 682 and 683, in conjunction with the D.L. no. 34/200 converted into Law no. 77/2020, art. 182, paragraph 2, and subsequent amendments. in the matter of state-owned maritime concessions.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il rinvio pregiudiziale promosso dal TAR Puglia in materia di concessioni demaniali marittime ha trovato il suo epilogo nella pronuncia della Corte di Giustizia UE relativa alla causa C. 248/2022 in data 20.04.2023. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 743 dell'11.05.2022 del TAR Puglia-Bari aveva trovato lo spunto per il rinvio di che trattasi in virtù della impugnazione della Deliberazione di G.C. n. 225/2020 del Comune di Ginosa ed avente ad oggetto l'atto di indirizzo per l'attuazione del disposto di cui alla L. n. 145/2018, art. 1, commi 682 e 683, in combinato disposto con il D.L. n. 34/200 convertito in L. n. 77/2020, art. 182, comma 2, e ss.mm.ii. in materia di concessioni demaniali marittime.

Con tale delibera, infatti, il Comune di Ginosa aveva dato indicazioni al responsabile del servizio per la predisposizione ed attuazione del disposto normativo nazionale relativo alla ennesima proroga delle concessioni demaniali marittime. Delibera, quella sopra indicata, impugnata dall'AGCM[1] a seguito di attivazione del procedimento di contestazione di tale atto, in quanto ritenuto contrario agli artt. 49 e 56 del TFUE, nonchè in contrasto con la direttiva 2006/123/CE (Direttiva c.d. Bolkestein), enunciante i principi di libera concorrenza e di libertà di stabilimento anche in ambito trasfrontaliero. La delibera di che trattasi, di fatto, veniva adottata in attuazione del disposto normativo italiano di cui alla L. n. 145/2018 (che consentiva la proroga delle concessioni esistenti al 31.12.2033) e di cui alla L. 77/2020 di conversione e modifica del D.L. n. 34/2020 (che, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato nella composizione in Adunanza Plenaria n. 17-18/2021, ha previsto la proroga al 31.12.2023).

2. I quesiti posti dal TAR Puglia alla Corte di Giustizia UE. Influenza della tesi sostenuta dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze gemelle 17 e 18 del 2021.

Proseguendo nell'analisi della materia, cui già si ci è soffermati in altro contributo[2], è necessario partire dalle pronunce gemelle dell'Adunanza Plenaria n. 17 e 18 del 2021 le quali affermano, con fermezza, la contrarietà della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime al diritto eurounitario[3] e, conseguentemente, la contrarietà (e, dunque, la necessaria disapplicazione) della normativa nazionale contrastante con il diritto UE. Dalle decisioni della Plenaria se ne desume il principio secondo cui le concessioni di beni demaniali marittimi sono qualificabili come

[1] L'AGCM ha attivato il ricorso dinanzi al TAR Puglia della delibera di G.C. n. 225/2020 per violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della Direttiva Bolketein nonchè la violazione dell'art. 49 TFUE;

[2] v. "*La proroga (in)finita delle concessioni demaniali marittime e l'immediata applicabilità del diritto ue nel diritto interno. La rimessione alla Corte di Giustizia UE dell'ordinanza Tar Puglia, Bari, 11.05.2022, 1. n. 743*" in Amministrativamente, rivista scientifica trimestrale, fasc. 2/2021, ISSN 2036-7821;

[3] Il Consiglio di Stato, in particolare, ritiene la normativa nazionale in tema di proroga delle concessioni di che trattasi in netto contrasto con il disposto normativo di cui all'art. 49 e 56 TFUE, in quanto limiterebbe ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi del mercato interno;

"*autorizzazioni di servizi*" ex art. 12 della Direttiva in questione, da qualificarsi come una direttiva self-executing, ed in quanto tali soggette all'obbligo di evidenza pubblica.

Di diverso avviso, invece, era il TAR Puglia che, con l'ordinanza n. 743/2022 di remissione della questione alla Corte di Giustizia UE, aveva espresso il proprio orientamento - già all'epoca minoritario - con riferimento alle tematiche inerenti alla questione della proroga delle concessioni demaniali marittime ed alla natura non self-executing della Direttiva Bolkestein in materia. I questi posti dal TAR Puglia alla Corte sono stati i seguenti: "*1) se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto - trattandosi di direttiva di armonizzazione - adottata solo a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art. 115 T.F.U.E.; 2) se la direttiva 2006/123 c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile; 3) qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non self-executing, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla adesione al trattato (art. 49), ovvero derivanti dalla mancata attuazione della direttiva (procedura di infrazione); 4) se l'efficacia diretta dell'art. 12, paragrafi 1,2,3 della Dirtettiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell'ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame ("si deve ritenere che gli artt. Da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva ..." ex sentenza c.d. Promoimpresa), debba intendersi come prescrizione per lo stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto; 5) se l qualificazione di una direttiva come auto- esecutiva o meno e, nel primo caso, la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale (al quale sono all'uopo attribuiti specifici strumenti di supporto interpretativo quali il ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ovvero al giudizio di legittimità costituzionale) ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune; 6) qualora invece ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l'art. 49 TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni-autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo", se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all'applicazione dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein; 7) se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e*

ISSN 2036-7821

dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito dell'interesse transfrontaliero certo riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale; 8) se risulti coerente rispetto ai fini perseguiti dalla direttiva 2006/123 e dallo stesso art. 49 TFUE una statuizione da parte del giudice nazionale relativa alla sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili riferito tout-court all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, stante in Italia la competenza dei singoli comuni, tale valutazione non debba intendersi riferita al territorio costiero di ciascun comune e, quindi, riservata alla competenza comunale; 9) qualora in astratto ritenuta la direttiva 2006/123 self-executing, se tale immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo - come quello italiano - nel quale vige l'art. 49 Codice della Navigazione (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza della ritenuta natura self-executing o immediata applicabilità della direttiva in questione (in particolare con riferimento a strutture in muratura debitamente autorizzate ovvero a concessioni demaniali funzionalmente collegate ad attività turistico ricettiva, come hotel o villaggio) risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà, riconosciuti come meritevoli di tutela privilegiata nell'Ordinamento dell'U.E. e nella Carta dei Diritti Fondamentali".

3. La risposta decisa della Corte di Giustizia UE: la supremazia del diritto eurounitario sul diritto nazionale con esso contrastante. La Direttiva olkestein nella sua potestà immediatamente applicativa.

La Corte di Giustizia UE, nell'affrontare la questione pregiudiziale alla stessa sottoposta[4], preliminarmente procede a disegnare il quadro normativo di contesto, richiamando, in primo luogo, l'art. 47 CE del Trattato CE[5] relativo al diritto di stabilimento. La norma in questione recita: "«*[Al fine di agevolare l'accesso alle attività non salariate e l'esercizio di queste], il Consiglio [dell'Unione europea], deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 stabilisce le direttive intese al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività non salariate e all'esercizio di queste. Il Consiglio delibera all'unanimità, durante tutta la procedura di cui all'articolo 251, per quelle direttive la cui esecuzione, in uno Stato membro almeno, comporti una modifica dei vigenti principi legislativi del regime delle professioni, per quanto riguarda la formazione e le condizioni di accesso delle persone fisiche.*

[4] Le questioni poste alla Corte di Giustizia UE concernono, in sostanza, la inerenza della Direttiva Bolkestein in materia di concessioni demaniali marittime e la sua immediata applicabilità al diritto interno degli Stati membri;

[5] Normativa precedente, in materia, rispetto alla Direttiva Bolkestein;

ISSN 2036-7821

Negli altri casi il Consiglio delibera a maggioranza qualificata». Richiama, poi, l'art. 94 CE (che sostanzialmente corrisponde all'art. 115 TFUE) secondo cui "*Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione* [europea] *e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune*". La Corte di Giustizia pone, dipoi, l'attenzione sui considerando 1, 5, 12, 64 e 116 della Direttive 122/2006 secondo cui "*L'eliminazione delle barriere allo sviluppo del settore dei servizi tra Stati membri costituisce uno strumento essenziale per rafforzare l'integrazione fra i popoli europei e per promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e duraturo.* [...] *E' necessario quindi eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei predatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri nonchè garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del Trattato CE* [...] *La presente direttiva è volta a creare un quadro giuridico per assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi tra Stati membri*". Con rifermento, poi, alla scelta del contraente cui affidare i servizi, viene richiamato l'art. 12 della Direttiva Bolkestein secondo cui "*Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario*".

4. La disciplina italiana in materia di concessioni demaniali marittime.

La disciplina italiana richiamata come elemento di confronto con la disciplina eurounitaria in materia di libertà di stabilimento e affidamento delle concessioni di servizi trova il suo precipitato storico nell'art. 37 del Codice della Navigazione (R.D. n. 327/1942), secondo cui è necessaria una procedura di valutazione comparativa dei candidati in caso di rilascio della concessione soggetta alla presentazione di più domande sul medesimo bene demaniale. La norma, tuttavia, richiamava, sin dall'epoca, il principio di preferenza del titolare uscente della concessione in virtù del

ISSN 2036-7821

riconoscimento in favore dello stesso di un certo diritto di insistenza e/o al rinnovo[6]. Con l'entrata in vigore del D.L. 194/2009 è stata prevista una proroga dei termini di durata delle concessioni dei beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative in essere fino al 31.12.2015. Proroga, questa, estesa fino al 31.12.2020 dal D.L. n. 179/2012. Con la L. n. 145/2018, in ottica di decadenza del regime automatico delle proroghe, il legislatore italiano aveva imposto alle amministrazioni competenti l'espletamento di una serie di compiti: 1) la mappatura del litorale; 2) il censimento delle concessioni in essere; 3) il censimento delle diverse tipologie di strutture presenti sul demanio; 4) la ricognizione degli investimenti effettuati, dei tempi di ammortamento, dei canoni e della durata delle concessioni. La norma in questione, peraltro, individuava in massimo quindici anni, la durata delle concessioni demaniali marittime. Con l'ingresso della normativa emergenziale nel periodo pandemico ed, in particolare, a far data dall'entrata in vigore del D.L. n. 34/2020, è stata di fatto "bloccata" l'applicazione del diritto eurounitario (e del diritto nazionale ad esso conforme, v. Codice della navigazione) relativamente all'attivazione di procedure ad evidenza pubblica per la concessione delle suddette aree e l'adozione di provvedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili. Con la L. n. 118/2022, infine, le concessioni demaniali marittime hanno subito un'ultima proroga, fino al 31.12.2023 (prorogata fino al 31.12.2024 per fatti impeditivi alla realizzazione di procedure ad evidenza pubblica).

5. L'analisi comparata delle normative a confronto: prevalenza del diritto UE. Le questioni affrontate dalla Corte di Giustizia UE.

In primo luogo, la Corte di Giustizia affronta la problematica della portata applicativa della Direttiva Bolkestein in materia di libertà di stabilimento, addivenendo ad affermare che, secondo una interpretazione letterale, storica, contestuale e teleologica, le disposizioni in questione trovano applicazione non solo in caso di fattispecie aventi carattere transfrontaliero, ma anche a situazioni in cui gli elementi rilevanti si collochino tutti all'interno di un solo Stato membro.[7]

Ne consegue, dunque, la piena applicabilità della Direttiva Bolkestein al caso di specie. Con riferimento, poi, all'ambito applicativo della suddetta direttiva, la Corte richiama un suo precedente orientamento(ivi compresa la c.d. sentenza Promoimpresa) in virtù del quale ha ritenuto di dover valutare se le aree demaniali potessero essere oggetto di sfruttamento in virtù di una visione comunale e, dunque, locale e non nazionale. Per l'analisi di tale questione, con ribaltamento della tesi fino a quel momento sostenuta, la Corte parte dal presupposto che l'art. 12 della Direttiva

[6] Fino al 2006, peraltro, la normativa di settore concedeva la possibilità di proroga automatica delle concessioni demaniali marittime di sei anni in sei anni;

[7] V., anche, sentenze del 30 gennaio 2018, X e Visser, C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44, punti da 99 a 110, nonché del 22 settembre 2020, Cali Apartments, C-724/18 e C-727/18, EU:C:2020:743, punto 56;

ISSN 2036-7821

Bolkestein si configura come una norma molto ampia che conferisce un certo margine di discrezionalità agli Stati membri nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali (ovvero, se a livello locale, se a livello centrale, ecc ecc). Tuttavia, la stessa ammette, ai fini della valutazione della scarsità delle risorse[8] e della pluralità di domande, la combinazione di un approccio generale ed astratto, a livello nazionale, ed un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del Comune interessato. Tanto sul presupposto che la normativa comunitaria conferisce al legislatore dell'UE una specifica competenza ad adottare misure volte al miglioramento del funzionamento del mercato interno e, conformemente alla massima secondo cui lex specialis derogat lex generali ed esistendo nel Trattato CE una disposizione più specifica in materia capace di fungere da base giuridica dell'atto di che trattasi, si imporrebbe al legislatore nazionale di fondare la propria disciplina interna su tale disposizione, di fatto, vincolandolo alla stessa[9].

6. L'interpretazione della Direttiva Bolkestein come direttiva self-executing.

Per la risoluzione della questione sottoposta alla Corte di Giustizia UE, la norma presa in considerazione è unicamente l'art. 12 della Direttiva n. 123/2006[10] avente ad oggetto l'obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali e il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività[11]. In particolare, la questione posta all'attenzione della Corte di Giustizia UE concerneva l'interpretazione del suddetto articolo nella misura in cui lo stesso fosse da ritenersi sufficientemente preciso da essere considerato come una norma produttiva di immediati effetti diretti e, dunque, self-executing.

La Corte, prendendo ad esempio i molteplici casi già trattati in altre pronunce, è addivenuta ad affermare anche in tal sede che ogni qualvolta le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista contenutistico, incondizionate[12] e

[8] La scarsità delle risorse va valutata, secondo l'approccio della Corte di Giustizia UE, secondo criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati;

[9] Per tale motivo, peraltro, il legislatore comunitario ha privilegiato le disposizioni di cui all'art. 47, par. 2, prima e terza frase del Trattato CE e l'art. 55 del Trattato CE rispetto all'art. 94 del Trattato CE, pur richiamato dal giudice del rinvio a fondamento della tesi dallo stesso sostenuta;

[10] Per una interpretazione del significato e della portata applicativa della suddetta norma, v. Sentenza 14.07.2016 Promoimpresa e a., C-458/14 e C-67/2015);

[11] Oggetto della contesa giudiziaria era proprio la legge italiana che prescrivere una proroga automatica delle concessioni demaniali marittime;

[12] La norma UE è incondizionata quando sancisce un obbligo non oggetto ad alcuna condizione, né subordinato all'emanazione di alcun atto interno dello Stato membro ulteriore rispetto a quello con cui viene recepita nel diritto nazionale per la sua osservanza e per l'esplicazione dei suoi effetti;

ISSN 2036-7821

sufficientemente precise[13], i privati possono farle valere direttamente dinanzi al giudice nazionale nei confronti di uno Stato membro, sia in caso di mancato recepimento, sia in caso di errato recepimento. In sostanza, viene riconosciuta dal giudice europeo un'azione diretta a tutela del cittadino in virtù del principio del primato del diritto UE ad applicazione diretta nell'ordinamento del singolo Stato membro, attribuendo di fatto a ciascun soggetto una nuova forma di tutela, anche a discapito della teoria dei c.d. controlimiti[14]. Principio, questo, che può trovare applicazione anche con riferimento a singole previsioni di una direttiva e non necessariamente all'intero atto normativo dell'UE (si pensi, ad esempio, ad una normativa UE che impone un obbligo di risultato preciso e incondizionato riguardo all'applicazione della normativa enunciata a ciascuno Stato membro). Ed anche se la Direttiva UE in questione concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell'adozione dello strumento e delle modalità di recepimento ed attuazione della stessa, tale circostanza non incide affatto sul contenuto preciso ed incondizionato della normativa stessa con riferimento a quei dritti minimi ed alla tutela minima che, in ogni caso, deve essere applicata. Dopo aver posto un punto fermo sull'interpretazione generale della disciplina UE come sopra richiamata, la Corte di Giustizia sofferma la sua attenzione sull'art. 12, par. 1, della Direttiva Bolkestein (normativa interessata in materia di concessioni demaniali marittime) che troverebbe applicazione unicamente nel caso in cui la risorse delle concessioni marittime fossero da ritenersi scarse (ovvero, qualora il numero di autorizzazioni sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali e la domanda sia maggiore dell'offerta). Sul punto, specifica la Corte che con rifermento a tale norma ciascuno Stato membro ha soltanto un margine di discrezionalità in termini di adozione di disposizioni normative destinate a garantire concretamente l'imparzialità e la trasparenza di una procedura di selezione. Resta il fatto che ogni Stato membro deve prevedere una procedura di selezione ai fini dell'affidamento delle concessioni con la conseguenza, prescrivendo la Direttiva UE in modo incondizionato e sufficientemente preciso un contenuto minimo di tutela (ovvero, l'evidenza pubblica) a favore dei potenziali candidati. Tutela, questa, ulteriormente garantita dalla disposizione di cui all'art. 12, par. 2, della Direttiva di che trattasi, la quale impone il divieto di rinnovo automatico delle concessioni di occupazione ed il limite massimo di durata delle stesse. Il tutto, a garanzia della imparzialità e della concorrenza[15].

[13] La norma UE è sufficientemente precisa quando può essere invocata da un singolo cittadino ed applicata dal giudice nazionale a dispetto di qualsivoglia recepimento e di qualsivoglia normativa interna specialistica, stante la previsione d un obbligo in termini inequivocabili;

[14] V., sul punto, caso Becker, 1982; caso Pfeiffer, 2001; caso Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e a., 1994; Caso Bezirkshauptmannscharft Hartberg-Fustenfeld, 2022; caso Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe, 1967; caso Marshall, 1984; caso Faccini Dori, 1992; Caso Simap, 1998; Caso RTS infra e Aannemingsbedrijf 2019);

[15] Secondo la pronuncia, "*Tale disposizione ha effetto diretto in quanto vieta, in termini inequivocabili, agli Stati membri, senza che questi ultimi dispongano di un qualsivoglia margine di discrezionalità o possano subordinare tale divieto a*

ISSN 2036-7821

Il carattere vincolante della garanzia minima di cui alla Direttiva Bolkestein trova, peraltro, fondamento e conforto nel disposto di cui all'art. 288, terzo comma, TFUE secondo cui per esercitare le competenze dell'UE le Istituzioni sono tenuti ad adottare regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri, a nulla rilevando sul punto qualsivoglia comportamento riconducibile al ritardo nell'adozione di misure di attuazione della direttiva stessa e fermo restando, tuttavia, un obbligo di recepimento per ciascuno Stato membro, ivi compreso lo Stato italiano nel caso che ci occupa.

7. Gli effetti della portata applicativa diretta della Direttiva olkestein sul diritto nazionale: il ruolo dei poteri dello Stato italiano.

Ferma restando la diretta ed immediata applicabilità all'ordinamento italiano della norma di cui all'art. 12 della Direttiva Bolkestein in virtù di una sua natura precisa ed incondizionata, con efficacia self-executing, la Corte di Giustizia UE si sofferma su una ulteriore tematica scaturente da un quesito alla stessa posto: ovvero, se l'applicabilità diretta della normativa che impone l'adozione di procedure ad evidenza pubblica per l'attribuzione delle concessioni demaniali marittime e che ne nega il rinnovo automatico imponga un obbligo di disapplicazione della normativa italiana contrastante soltanto ai giudici nazionali od anche alle autorità amministrative, ivi comprese quelle locali.

Ed anche con riferimento a tale quesito, che coinvolge una tematica importante per gli Enti Locali, quali sono le concessioni demaniali marittime, la Corte di Giustizia UE prescrive che, non soltanto i giudici, ma anche l'amministrazione (ivi compreso il Comune, direttamente interessato dalla problematica di che trattasi), è tenuto ad applicare in modo incondizionato e sufficientemente preciso la direttiva, disapplicando la norma nazionale non conforme alle disposizioni di cui al sopra citato art. 12. In sostanza, anche il Comune dovrà provvedere a disapplicare la normativa relativa alla proroga delle concessioni demaniali marittime fino al 31.12.2023 e provvedere ad avviare procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni del demanio marittimo di sua titolarità[16]. L'assunto di cui sopra trova fondamento e conforto proprio nella circostanza che, con riferimento alla materia delle concessioni demaniali marittime, è l'amministrazione territoriale interessata alla sua concessione tenuta ad applicare la procedura selettiva dei

una qualsivoglia condizione e senza che sia necessaria l'adozione di un atto dell'Unione o degli Stati membri, di prevedere proroghe automatiche e generalizzate di siffatte concessioni";

[16] Sul punto, si richiama la sentenza Promoimpresa e a. (C-458/14 e C-67/15), secondo cui nessun rilievo, ai fini dell'applicabilità diretta della Direttiva Bolkestein, ha la previsione che la normativa che impone la sua efficacia soltanto con riferimento alle ipotesi di scarsità delle risorse naturali, né la previsione normativa che attribuisce al giudice nazionale il potere di verificare se il relativo requisito fosse soddisfatto o meno;

ISSN 2036-7821

candidati, garantendo tutte le condizioni previste della normativa comunitaria in materia.
Ulteriore quesito posto alla Corte di Giustizia UE nella pronuncia in commento concerne il destino delle opere inamovibili costruite dal concessionario uscente sul terreno affidatogli in concessione. Sul punto, la normativa nazionale prescrive che, alla scadenza della concessione, tali opere restino acquisite al concedente, senza alcun compenso o rimborso. Con riferimento alla richiesta, tuttavia, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto di non poter giudicare, in quanto la controversia posta alla sua attenzione concerne il procedimento di affidamento delle concessioni e non già il diritto, in capo al concessionario, di ottenere, alla scadenza della concessione, un qualsivoglia compenso per le opere inamovibili costruite su suolo pubblico, dichiarando pertanto irricevibile il quesito.
16 Sul punto, si richiama la sentenza Promoimpresa e a. (C-458/14 e C-67/15), secondo cui nessun rilievo, ai fini dell'applicabilità diretta della Direttiva Bolkestein, ha la previsione che la normativa che impone la sua efficacia soltanto con riferimento alle ipotesi di scarsità delle risorse naturali, né la previsione normativa che attribuisce al giudice nazionale il potere di verificare se il relativo requisito fosse soddisfatto o meno.

8. Conclusioni

Alla luce del percorso interpretativo svolto dalla Corte di Giustizia UE in materia di concessioni demaniali marittime, preme fare le dovute e necessarie osservazioni conclusive. Con il rinvio pregiudiziale formulato dal TAR Puglia con la pronuncia n. 743/2022 la quale poneva un problema di interpretazione della natura giuridica della Direttiva c.d. Bolkestein (Direttiva n. 123/2006), è stata posta all'attenzione della Corte di Giustizia UE la questione della diretta applicabilità della normativa europea in materia di concorrenza, anche oltre i limiti previsti dall'ordinamento di ogni singolo Stato membro. Il tutto, in contrasto con la prassi normativa italiana in materia di concessioni demaniali marittime che, fino alla pronuncia della Corte di Giustizia UE, consentiva la proroga "infinita" di tali concessioni a favore del concessionario uscente, con tutto quanto da tanto ne conseguiva in termini di violazione delle previsioni di par condicio, concorrenza ed eguaglianza tra i partecipanti all'evidenza pubblica e perdita di chance. Con riferimento specifico alla diretta applicazione della Direttiva c.d. Bolkestein in ciascuno Stato membro dell'UE, la Corte di Giustizia UE ha concentrato l'attenzione sul contrasto interpretativo relativo alla sua diretta efficacia, fino ad addivenire ad una soluzione univoca ed imposta a ciascuno Stato aderente. Se da un lato, infatti, secondo parte della giurisprudenza (maggioritaria), la Direttiva di che trattasi sarebbe da ritenersi direttamente applicabile al diritto interno con rifermento, in particolare, ai principi generali di cui essa è portatrice, con la

ISSN 2036-7821

conseguente disapplicazione di qualsivoglia previsione normativa con essi contrastante; altro orientamento (minoritario e, peraltro, sostenuto dai giudici del TAR Puglia nella pronuncia di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE) riteneva non direttamente applicabile il diritto comunitario al diritto interno ed, in particolare la Direttiva Bolkestein che, dunque, avrebbe necessitato di un atto di recepimento applicativo ai fini del suo ingresso fattuale nell'ordinamento italiano.

A tale contrasto interpretativo pone finalmente fine la pronuncia della Corte di Giustizia UE in commento, la quale esprime i seguenti principi di diritto: "*L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che: esso non si applica unicamente alle connessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano un interesse transfrontaliero certo. L'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che: esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione. Dall'esame della prima questione non è emerso alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della direttiva 2006/123 alla luce dell'articolo 94 CE. L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che: l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonchè il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizione produttive di effetti diretti. L'articolo 288, terzo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che: la valutazione dell'effetto diretto connesso all'obbligo e al divieto previsti dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 e l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono ai giudizi nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali*".

Da quanto sopra emerge chiaramente che il regime peculiare italiano della proroga "in(de)finita" delle concessioni demaniali marittime ha visto, finalmente, un definitivo tramonto, a vantaggio dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di concorrenza che impone l'adozione di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario, garantisce la par condicio e l'equilibrio del mercato e nel mercato di tutti i potenziali concessionari, impedendo il rinnovo automatico delle concessioni, nonchè prescrivendo - ai fini dell'ammortamento degli eventuali investimenti effettuati - una durata adeguata della concessione stessa.

9. I nuovi interrogativi e le questioni irrisolte.

La pronuncia della Corte di Giustizia UE si pone nel solco di decenni di incertezza ed elusione delle previsioni a tutela della concorrenza, a vantaggio di un sistema di

ISSN 2036-7821

proroghe, quasi a creare dei monopoli concessori, a favore dei soggetti originari assegnatari. Sistema, questo, ritenuto - fino a questo momento - come il modello ordinario di gestione del demanio marittimo, nonché strumento più efficace e meno dispendioso per gli enti territoriali competenti.

A far data dalla interpretazione della Direttiva c.d. Bolkestein di cui alla sentenza C-348/22 del 20.04.2023, le concessioni demaniali marittime entrano a pieno titolo nella necessaria ed integrale applicazione del principio di concorrenza, con tutto ciò che da tanto ne deriva. Tuttavia, proprio questa nuova veste delle concessioni demaniali marittime pone diversi interrogativi e questioni irrisolte, prima fra tutte la questione del trasferimento (in proprietà, in uso, o altro?) delle strutture inamovibili frutto degli investimenti "secolari" dei concessionari uscenti. Sul punto, si richiama l'art. 49 del Codice della navigazione (R.D. 327/1942 e ss.mm.ii.) secondo cui, salvo che nell'atto di concessione non venga stabilito diversamente, al momento della cessazione del rapporto, le opere inamovibili realizzate su area demaniale sono automaticamente devolute a titolo gratuito allo Stato, a meno che questi non decida di ordinarne la demolizione allo stesso concessionario uscente.

Ratio giuridica a fondamento di tale trasferimento si rinviene nell'assenza di una disciplina specifica relativa alla realizzazione di opere sul demanio marittimo, con la conseguenza che trova applicazione nel caso di specie il diritto di superficie ed il consequenziale acquisto della proprietà superficiaria a titolo originario da parte del concedente. Il trasferimento di tale proprietà superficaria dal concessionario al patrimonio statale al momento della cessazione della concessione si configura, dunque, come accessione ai sensi dell'art. 934 c.c. tranne che per la deroga relativa all'acquisizione gratuita dei beni[17], giustificata dalla lunga durata della concessione demaniale marittima che, di fatto, consentiva al concessionario un ammortamento degli investimenti effettuati e un effettivo guadagno[18]. Nell'attuale assetto normativo, tuttavia, se è pur vero che la norma sopra richiamata consente, in via del tutto residuale, alle parti della concessione di addivenire ad un accordo differente prevedendo un indennizzo per le opere inamovibili, è anche vero che una forma di "remunerazione" del privato concessionario la si configura all'atto della previsione della durata della concessione che, per sua natura, deve essere tale da essere remunerativa per il privato concessionario. Da quanto sopra emerge chiaramente, conformemente alla ratio giuridica a fondamento della concessione, che anche per le

[17] Nel caso dell'accessione, ai sensi dell'art. 936 c.c., qualora il concedente volesse acquisire le opere di titolarità del concessionario, deve pagare un indennizzo, pari al valore dei materiali ed alla mano d'opera, oppure, a sua scelta, all'aumento di valore recato al fondo;

[18] L'art. 49 del Codice della navigazione, in sostanza, introduce un regime derogatorio rispetto all'acquisizione gratuita delle opere inamovibili realizzate nel corso del rapporto concessorio, condizionandone tuttavia l'efficacia alla volontà esplicita delle parti le quali, in sede contrattuale, avrebbero potuto prevedere anche condizioni differenti. Si pensi, per esempio, al riconoscimento di un indennizzo teso a remunerare gli investimenti effettuati, comunque permanendo necessariamente l'effetto non derogabile del trasferimento di tali opere al concedente;

ISSN 2036-7821

concessioni demaniali marittime la redditività e remuneratività della concessione deriva dallo sfruttamento della concessione stessa (con addebito del rischio operativo in capo al concessionario), ovvero dallo sfruttamento della concessione accompagnata da un importo a titolo di prezzo.

Nihil sub sole novum. Con l'ampia portata dell'efficacia della pronuncia della Corte di Giustizia UE, tuttavia, si pone un altro grande interrogativo per l'Italia ed, in generale, per gli Stati membri: in che modo attivare le procedure ad evidenza pubblica? Già con la segnalazione ANAC n. 4 del 06.09.2022 si era posto l'accento sulla necessità di procedere ad una valutazione caso per caso al fine di individuare la normativa più idonea da applicare ai differenti affidamenti, tenendo conto in particolare dell'oggetto principale del contratto. La segnalazione si sofferma, in particolare, sulla distinzione tra concessione di beni demaniali e concessione di servizi e lavori pubblici, sui contratti misti di concessione, specificandone differenze, campo di applicazione e normativa applicabile. L'ANAC, nel richiamare l'applicazione del Codice dei Contratti Pubblica, specifica che le ipotesi in cui lo stesso è applicabile sono soltanto quelle relative ai contatti misti di concessione (ovvero, contratti di concessione di beni pubblici cui acceda un contratto di concessione di servizi e/o lavori pubblici).

Punto fermo relativamente a quanto sopra rimangono, comunque, i principi ispiratori dell'evidenza pubblica[19] nell'attribuzione delle concessioni demaniali marittime, come richiamati da ultimo dalla L. n. 118/2022, ovvero imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza ed adeguata pubblicità[20]. Sul punto, si richiama la pronuncia recente del Consiglio di Stato il quale ha dichiarato che "*la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima di fornisce un'occasione di guadagno a soggetti opranti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione* [...] *allorquando non si tratti di acquisire un servizio e prevalga la sola concessione del bene pubblico in una tipica manifestazione di contratto attivo, il relativo affidamento avviene comunque nel rispetto dei principi di economicità, efficacia imparzialità, parità di*

[19] Altrimenti, si incorrerebbe in una responsabilità erariale. V. Cons. Stato., sez. VII, 28.10.2022 n. 9328 secondo cui "*Nel caso in esame, l'Amministrazione non ha omesso di considerare l'incidenza dell'interesse economico del concessionario, essendosi premurata di ritenerlo non preminente rispetto a valutazioni di carattere erariale dipendenti proprio dai presunti vantaggi patrimoniali che la proroga della concessone avrebbe precluso qualora fosse stata consentita, ostando, infatti, all'applicazione dei maggiori canoni previsti per le pertinenze commerciali dalla Legge Finanziaria 2007 rispetto a quelli ancora applicabile all'entrata in vigore del D.P.R. n. 509/1997*";

[20] Con riferimento a quanto sopra, parte della dottrina e della giurisprudenza ammettono la previsione di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario, ispirata ai principi sopra richiamati, escludendo l'applicazione del Codice dei contratti pubblici nei casi in cui gli affidamenti abbiano ad oggetto contratti c.d. attivi, esclusi dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici;

ISSN 2036-7821

trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" (Cons. Stato, sez. VII, 28.10.2022 n. 9328)[21].

Con l'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti (D.lgs. n. 36/2023), a far data dal 01.04.2023 ed efficace a far data dal 01.07.2023, mutano anche gli equilibri in materia di disciplina applicabile alle differenti ipotesi di concessioni demaniali marittime. Il nuovo codice appalti, infatti, ha un approccio innovativo e differente rispetto alla normativa ancora in vigore di cui al D.lgs. n. 50/2016, improntata alla digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dell'appalto ed all'abbandono graduale delle Linee Guida ANAC come strumento-guida per le stazioni appaltanti, ponendo l'accento sui principi generali che ispirano l'applicazione dell'intera lettera codicistica. Il nuovo codice è ispirato alla "semplificazione" delle procedure ed alla velocizzazione degli affidamenti[22], nonché al riordino della disciplina previgente, risultata - per certi versi - confusionaria e poco chiara.

Novità molteplici sono state introdotte anche in materia di concessioni. Una fra tutte è la modifica relativa al contributo pubblico ai fini del raggiungimento e del mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario nelle concessioni, con la eliminazione del limite del 49% del contributo pubblico di cui all'art. 165, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016, confermando invece il limite del rispetto delle decisioni Eurostat ai fini della contabilità pubblica. Con riferimento alla finanza di progetto è prevista, oggi, la possibilità per il soggetto privato di presentare all'Ente stazione appaltante proposte per la realizzazione d una concessione di lavori e/o servizi, sia in relazione a progetti già presenti negli strumenti di programmazione dell'Ente, sia per iniziative non presenti con la proposizione di differenti modalità di realizzazione, attribuendo alla Stazione appaltante il potere di sollecitare il privato a farsi promotore dei progetti di cui agli strumenti di programmazione.

Alla luce delle novità sopra richiamate, nonchè in considerazione di quanto affermato dalla giurisprudenza in materia di applicabilità del Codice dei contratti, ferma restando la necessità di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime, si apre uno scenario del tutto nuovo ed inesplorato sia per gli operatori del settore, sia per le stazioni appaltanti ed, in particolare, per gli enti territoriali, i quali si troveranno nei prossimi mesi ad affrontare la problematica di quale procedura applicare ai fini dell'affidamento di tali

[21] La sentenza sopra citata concerne un provvedimento di diniego emesso da un Ente comunale con riferimento alla proroga delle concessioni demaniali marittime, dichiarandone la legittimità in considerazione del fatto che l'art. 10, comma 3, del D.P.R. n. 509/1997 consente all'Ente discrezionalmente (in virtù di una discrezionalità amministrativa) di accordare o meno la suddetta proroga. Tale interpretazione deriva, infatti, dalla interpretazione letterale della previsione normativa nella quale è contenuto il verbo "potere" in luogo del verbo "dovere" con rifermento alla necessità di proroga, da intendersi quale ipotesi del tutto eccezionale;

[22] Si pensi, fra tutte, alla riduzione prevista all'art. 41 del nuovo codice, dei livelli progettuali da tre a due: progetto di fattibilità tecnica ed economica e progetto esecutivo; ovvero, alla liberalizzazione dell'appalto integrato ai sensi dell'art. 44 del nuovo codice.

ISSN 2036-7821

concessioni, tenendo a mente che le procedure avviate prima del 01.07.2023 sono ancora soggette alla disciplina del codice di cui al D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., con tutto ciò che ne consegue con riferimento ad un quadro ancor più confusionario rispetto a quello precedente. In materia, sarebbe stata auspicabile un'applicazione normativa ad efficacia differita nel tempo, tuttavia sfociando nel muro dell'illegittimità delle proroghe.
Alea iacta est!

ISSN 2036-7821

ISSN 2036-7821