

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

4 / 2020

OTTOBRE - DICEMBRE

**DIRETTORE RESPONSABILE:** Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

**RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE:** Prof. Gabriele Bottino

**COMITATO EDITORIALE:** Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haerberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Elena Buoso, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

**RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE:** Dr. Gherardo Carullo

**COMITATO DI REDAZIONE:** Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Giacomo Pisani, Luigi Previti, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Massimo Strato Perrino, Federico Votta

**COMITATO SCIENTIFICO:**

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Mary Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)
- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte

costituzionale, Italia)

- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistrianiana di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)
- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)
- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)

- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito [ceridap.eu](http://ceridap.eu), aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuspubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all'approccio tipico dell'analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un "Comitato dei Revisori" che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.0 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2020, 4, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: [ceridap.eu/rivista/invio-contributi](https://ceridap.eu/rivista/invio-contributi)

© 2020 CERIDAP

## INDICE SOMMARIO

### ARTICOLI

|  |     |
|--|-----|
| ELISA BELLOMO, <i>L'emergenza sanitaria Covid-19: l'impatto della decretazione d'urgenza sulla sperimentazione di farmaci ad uso compassionevole</i> .....   | 1   |
| MARIA ELISA BORRELLI E MARTA INGAGGIATI, <i>Il controllo successivo di regolarità amministrativa negli Enti locali</i> .....   | 23  |
| SUSANNA CROCI, <i>Gli obblighi di pubblicità e trasparenza nelle pubbliche amministrazioni ed il rispetto della privacy: la formazione ICT del personale come grandezza predittiva</i> .....                                     | 50  |
| FEDERICO GAFFURI, <i>Brevi note sulle notificazioni via PEC alla pubblica amministrazione</i> .....  | 96  |
| DIANA-URANIA GALETTA E GHERARDO CARULLO, <i>L'app Immuni quale requisito per lo svolgimento di attività a rischio (di diffusione del contagio)? Una proposta per incentivare l'uso delle ICT nella lotta alla pandemia</i> ..... | 124 |
| MASSIMO GIAVAZZI, <i>Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effeto utile</i> ...  | 154 |
| MICAELA LOTTINI, <i>Indipendenza delle autorità di regolamentazione e principio di autonomia istituzionale</i> .....   | 196 |

### RASSEGNE E COMMENTI

|  |     |
|--|-----|
| JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, <i>O que se passa com o Brexit?</i> .....  | 217 |
| JACQUES ZILLER, <i>Brexit: to have or not to have a deal? (first episode)</i> .....  | 224 |
| – <i>The New Brexit Deal: Predictable Outcome of a Lose-Lose Negotiation. A First Glance Assessment of the EU-UK Trade Agreement 24.12.2020 (second episode)</i> ..... | 232 |

**SEGNALAZIONI**

|   |     |
|---|-----|
| VANIA DANZI, <i>Il TAR Piemonte si pronuncia sull'obbligo, in capo alle famiglie, di misurare la febbre degli studenti</i> .....                                    | 241 |
| GIACOMO PISANI, <i>La sentenza T-778/16 (Irlanda e Apple vs. Commissione). Una sconfitta UE nella lotta alla fiscalità aggressiva di alcuni Stati membri?</i> ..... | 247 |

## **HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:**

ELISA BELLOMO, Dottoressa in ricerca in Diritto Amministrativo dell'Università del Piemonte Orientale e Avvocato nel foro di Torino

MARIA ELISA BORRELLI, Vice Segretario Generale del Comune di Milano

GHERARDO CARULLO, Ricercatore (RTDB) di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano (abilitato come professore di II fascia). Avvocato nel foro di Bologna

SUSANNA CROCI, Dottoressa in Scienze Internazionali e Istituzioni Europee nell'Università degli Studi di Milano. Assessore al Bilancio, Tributi e Società Partecipate, nel Comune di Venegono Superiore

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, Professor of EU law; Managing Partner of CVA; Former Advocate-General and Judge of the CJEU; Former President of the Court of First Instance of the European Communities (now the General Court of the EU)

VANIA DANZI, Dottoranda di Ricerca e Cultrice della materia in Diritto amministrativo e Diritto amministrativo europeo nell'Università degli Studi di Milano

FEDERICO GAFFURI, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Avvocato nel Foro di Milano

DIANA-URANIA GALETTA, Professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Direttore CERIDAP

MASSIMO GIAVAZZI, Avvocato nel Foro di Bergamo. Presidente della Camera Amministrativa della Lombardia Orientale. Professore a contratto nell'Università



degli Studi di Milano

MARTA INGAGGIATI, Assegnista di Ricerca nel Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria", Università degli Studi di Milano

MICAELA LOTTINI, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tre

GIACOMO PISANI, Dottore in giurisprudenza e Cultore della materia in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano

JACQUES ZILLER, Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi Pavia, già Professore di diritto pubblico comparato e di diritto dell'Unione europea all'Istituto universitario europeo di Fiesole, anciennement professeur de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

# L'emergenza sanitaria Covid-19: l'impatto della decretazione d'urgenza sulla sperimentazione di farmaci ad uso compassionevole

*Elisa Bellomo*

*Il lavoro mira ad illustrare le deroghe apportate dal d. l. 18/2020 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19) all'architettura giuridica delle responsabilità dei principali attori delle sperimentazioni cliniche di farmaci ad uso compassionevole a fronte dell'istituzione di un Comitato Etico Unico Nazionale e dell'enucleazione di nuove competenze in capo ad AIFA. In attesa del vaccino, l'uso compassionevole di farmaci, come si vedrà, rappresenta, allo stato attuale, quasi l'unica strada percorribile dalle attività sanitarie di tutto il mondo a contrasto del SARS-Cov-2 cui può riconoscersi il merito di creare un'inedita «rilevanza scientifica» da parte della comunità scientifica mondiale.*

*[The Covid-19 health emergency: the impact of emergency decrees on the testing of compassionate drugs] The article outlines the exemptions made by d. 18/2020 (Measures to strengthen the National Health Service and economic support for families, workers and businesses related to the epidemiological emergency by COVID-19) to the legal architecture of the responsibilities of principal actors behind clinical trials of drugs for compassionate use in the wake of the establishment of a Unique National Ethics Committee and the devising of new expertise in charge of AIFA. While waiting for the vaccine, the compassionate use of drugs, as we will see, is at present almost the only viable path of health activities around the world against SARS-Cov-2 which can be credited with creating an unprecedented 'scientific relevance' by the world scientific community*

## **1. La sperimentazione dei medicinali al tempo dell'emergenza sanitaria Covid-19: focus sul trattamento *off-label***

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 sta imponendo ai sistemi sanitari, su scala globale<sup>[1]</sup>, di affrontare una sfida su un terreno inedito. Infatti, la comunità scientifica internazionale, posta di fronte al rapido diffondersi di una pandemia su dimensione planetaria<sup>[2]</sup>, è coralmemente chiamata a individuare terapie farmacologiche sperimentali, in una lotta impetuosa contro il tempo, affinché si possa fronteggiare l'impatto drammatico di un contagio tanto sul piano sanitario che economico.

In attesa di un vaccino contro il Covid-19 la speranza di contrastare questo sconosciuto virus si è riposta nelle sperimentazioni<sup>[3]</sup> di alcuni farmaci<sup>[4]</sup> già in commercio per il trattamento di malattie diverse. Contestualmente, la decretazione d'urgenza, come oltre si approfondirà, ha previsto, per l'arco temporale di vigenza dell'emergenza, deroghe alle disposizioni ordinarie in materia di conduzione delle sperimentazioni cliniche rappresentando un inedito sodalizio tra strumenti della politica e quelli della scienza medica. Come oltre si vedrà, il d. l. 18/2020, potenziando le misure a sostegno della sperimentazione, ha istituito un Comitato Etico Unico Centrale, a livello nazionale, chiamato a valutare, centralmente ed unitariamente, l'eticità delle sperimentazioni farmaceutiche intraprese nelle aziende ospedaliere italiane, che dialoga in modo del tutto nuovo con l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) cui spetta l'onere di creare una banca dati di conoscenze scientifiche in tempo reale.

Il quadro attuale incornicia l'interessante bilanciamento di interessi tra l'esigenza del progresso della scienza farmacologica di semplificare le maglie delle procedure di autorizzazioni alla conduzione della ricerca e la garanzia del rispetto del principio di autodeterminazione della persona<sup>[5]</sup> quale elemento fondante l'eticità di qualsiasi sperimentazione. Lo stato emergenziale, come si vedrà oltre, ha indotto il Governo a potenziare il ruolo di organi collegiali (Comitato Etico Unico) e di AIFA centralizzandone il ruolo quasi a voler tutelare, ancor di più, l'eticità del metodo di conduzione sperimentale della ricerca che, dinnanzi all'emergenza sanitaria, potrebbe venire più facilmente minacciato dall'ansia di

dover provvedere a salvare vite umane su scala globale.

Il Governo, a garanzia di eticità nella conduzione della sperimentazione farmacologica, ha elaborato una nuova funzione di controllo in «collaborazione» tra AIFA e Comitato Etico Unico affinché sia permesso l'uso compassionevole di farmaci sotto scrutinio di organi pubblici adibiti a controllarne l'eticità e il rischio per la salute sull'uomo dinnanzi a quello ugualmente terribile di perdita di vita umana.

Quanto sopra esposto assume ancor più rilievo se si pensa che proprio questo tipo di accesso (c.d. «*precocce*») costituisce attualmente l'unica strada percorribile per contrastare l'epidemia di Covid-19<sup>[6]</sup>.

Il lavoro si concentra altresì sull'incisione derogatoria del d. l. n. 18/2020 nell'architettura giuridica delle responsabilità dei soggetti coinvolti nelle sperimentazioni *off-label* - come disciplinate dal d. lgs. n. 200/2007<sup>[7]</sup> - di cui costituiscono attori essenziali il promotore dello studio<sup>[8]</sup>, lo sperimentatore, e Comitati etici delle strutture sanitarie presso cui si conducono le attività di sperimentazione nelle sperimentazioni *off-label*.

Da quest'ultimo punto si può iniziare trattando il concetto di rischio nell'utilizzo di farmaci sconosciuti sull'uomo.

## **2. Gestione del rischio sanitario e sicurezza delle cure**

Il tema della gestione del rischio sanitario è strettamente connesso con quello della sicurezza delle cure. Con un recente arresto giurisprudenziale, il giudice amministrativo ha affermato che «*il risk management fa assumere al diritto alla salute una dimensione nuova preventiva e prospettica verso il futuro, e non più solo riparatoria, retrospettiva, che guarda al ristoro dei danni subiti dall'evento*»<sup>[9]</sup>. La coesistenza tra la pianificazione pubblicistica e gli strumenti di natura civilistica a ristoro dei danni subiti dai pazienti per responsabilità medica, di cui si tratterà più approfonditamente, fa assumere altresì al diritto alla salute la portata condizionata dall'esercizio di pubblici poteri. Questa nuova connotazione si affianca, all'opposto, a quella che pretende un'astensione dell'intervento pubblico, a garanzia del principio di autodeterminazione del singolo nel sottoporsi a qualsiasi trattamento sanitario salvo che in casi eccezionali non sia la legge a prevederlo per fini costituzionalmente previsti.

Con l'art. 1 della l. n. 24/2017 («*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*»), nota come legge Gelli, il legislatore ha sancito la correlazione tra gestione del rischio sanitario e la sicurezza delle cure, definendo quest'ultima come elemento costitutivo del diritto alla salute, perseguito nell'interesse dell'individuo e della collettività. La sua realizzazione si raggiunge sia mediante l'insieme delle attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie, sia tramite l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. L'ultimo intervento normativo ha, quindi, segnato un'ulteriore fondamentale tappa nella storia della responsabilità medica: pur considerando il rischio come elemento intrinseco dell'attività, si stabilisce infatti che possa essere prevenuto e gestito dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, e da tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale. Se l'assunto vale in ambito di gestione per così dire ordinaria delle attività sanitarie, occorre dunque analizzare ora come tale principio si declini nella materia specifica di regolamentazione delle sperimentazioni di farmaci. Il rischio da somministrazione del farmaco sperimentale costituisce l'elemento in forza del quale il medico valuta l'opportunità e l'eticità della conduzione dello studio. L'assunto discende dall'art. 3 del d.lgs. n. 200/2007 «*Attuazione della Direttiva 2005/28/CE recante principi e linee guida dettagliate per la buona pratica clinica relativa ai medicinali in fase di sperimentazione a uso umano, nonché requisiti per l'autorizzazione alla fabbricazione o importazione di tali medicinali*», che, richiamando l'art. 8 della Dichiarazione di Helsinki, prevede che si possa iniziare o proseguire la somministrazione solamente nel caso in cui i benefici ipotizzati giustifichino i rischi, poiché la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti deve pur sempre prevalere sugli interessi della scienza e della società.

Spetta dunque in primo luogo al medico vagliare la «rilevanza» o meno della sperimentazione, da intendersi come una valutazione fondata sul bilanciamento di interessi tra rischio assunto dai soggetti e progresso scientifico<sup>[10]</sup>. La legge fa infatti ricadere sullo sperimentatore principale le responsabilità derivanti dalla conduzione della sperimentazione a partire dal momento in cui è formulata l'autorizzazione avanzata alla Direzione Generale di un'azienda sanitaria.

In secondo luogo, il medico è tenuto a mantenere tale bilanciamento sotto la luce prospettica dell'eticità dello studio, costantemente al vaglio del Comitato etico<sup>[11]</sup>, cui spetta il compito di fornire un parere favorevole, di natura vincolante, per l'autorizzazione dello studio, rilasciato sulla base della documentazione presentata dal promotore dello studio, soggetto pubblico o privato.

L'analisi della valutazione del rischio spetta quindi sia al promotore dello studio, che allo sperimentatore, che infine a un organo collegiale indipendente. La valutazione della sicurezza finale delle cure oltre a essere fondamentale nella fase iniziale, riveste importanza anche nel corso della conduzione dello studio, in cui possono verificarsi eventi avversi più o meno gravi, dinnanzi ai quali lo sperimentatore e il promotore dello studio sono obbligati a fermarsi, valutando l'opportunità di una prosecuzione.

### **3. L'individuazione delle cause del rischio da sperimentazione di medicinale: pericolosità dell'attività o del prodotto**

L'individuazione della fonte del rischio da sperimentazione di medicinale non è di facile approdo.

Il Codice europeo dei medicinali per uso umano - adottato con d. lgs. n. 219/2006 recante attuazione della Direttiva 2001/83/CE - disciplina l'immissione in commercio dei medicinali per uso umano, il regime autorizzatorio, l'importazione, nonché le linee guida di buona fabbricazione, etichettatura, contenuto del foglio illustrativo, farmacovigilanza, e conseguenti sanzioni previste in caso di violazioni di tali norme. Mentre, il d.lgs. 200/2007 racchiude la disciplina sul procedimento sperimentale interventistico, il Codice sopra citato stabilisce solo precise regole di etichettatura, a garanzia sia della tutela del soggetto a cui sono somministrati, sia della tracciabilità del medicinale, consentendone l'identificazione e la correlazione tra farmaco e studio. Inoltre, è previsto che il rischio legato all'utilizzazione del medicinale possa essere connesso alla sua qualità, sicurezza o efficacia per la salute del paziente o per quella pubblica.

Il concetto di rischio connesso alla somministrazione in generale di un medicinale e, più nello specifico, di quello sperimentale, apre una questione definitoria di più

ampia portata, cui è sottesa la seguente domanda: il rischio attiene esclusivamente al medicinale – nel senso di «prodotto pericoloso» - oppure si estende fino alla sperimentazione e di produzione del medicinale, comportando una «pericolosità intrinseca dell'attività» ?

A questo interrogativo si ricollega un ulteriore problema, e cioè a quale titolo il promotore della sperimentazione potrebbe essere chiamato a rispondere per danni cagionati ai pazienti arruolati nello studio.

Partendo dalla prima delle due tesi, secondo cui la sperimentazione clinica costituirebbe un'attività di per sé pericolosa, occorre muovere dalla qualifica di attività pericolose, contenuta nel Codice civile, in cui la giurisprudenza ha ricompreso «*le attività che sono qualificate tali dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, con quelle attività che per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati comportino la rilevante possibilità del verificarsi di un danno per la loro spiccata potenzialità offensiva*»<sup>[12]</sup>.

Di recente la Corte di Cassazione<sup>[13]</sup> ha statuito che, pur considerato che tutte le attività umane contengono in sé un grado più o meno elevato di pericolosità per coloro che le esercitano, al fine di individuare una responsabilità per la conduzione di attività pericolose in capo all' esercente, occorre sempre distinguere tra «pericolosità della condotta e pericolosità dell'attività».

Nel primo caso si tratterebbe di un'attività normalmente innocua, che assume i caratteri della pericolosità solo se appunto condotta da parte dell'operatore, con modalità imprudenti o negligenze, idonee a produrre danni ai sensi dell'art. 2043 c.c.; la seconda è invece un'attività di per sé intrinsecamente e potenzialmente dannosa per l'alta percentuale di danni che può provocare, in ragione della sua natura o della tipologia di mezzi adoperati.

In alcune occasioni, con riferimento alla produzione e alla commercializzazione di emoderivati, ossia di farmaci contenenti gammaglobuline umane e destinati all'inoculazione nell'organismo umano, la giurisprudenza ha affermato che «*costituisce attività dotata di potenziale nocività intrinseca, con conseguente configurabilità della responsabilità solidale del fornitore delle componenti dell'emoderivato e del produttore finale del farmaco ai sensi dell'art. 2050 c.c. in caso di contagio del virus della epatite di tipo C causato dalla profilassi antitetanica immunoglobulina*»<sup>[14]</sup>.

Ancor più in generale, l'attività stessa di importazione e commercializzazione dei

farmaci è stata classificata «attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c., in quanto caratterizzata dalla probabilità statistica di eventi dannosi e dalla gravità dei danni ragionevolmente prevedibili. A tale attività è, infatti, connaturale un' apprezzabile potenzialità lesiva come si evince, peraltro, dalla particolare attenzione manifestata dal legislatore che ha destinato alla materia un articolato complesso di norme, volte a garantire la pubblica salute ed incolumità»<sup>[15]</sup>.

Dunque, laddove si propendesse per qualificare l'attività di sperimentazione del farmaco come «pericolosa», anche la responsabilità del promotore andrebbe ricompresa nella disciplina di cui all'art. 2050 c.c. In caso di produzione di danno ai soggetti coinvolti nello studio sperimentale, il promotore - società, istituzione o organismo che si assume la responsabilità di avviare, gestire ed eventualmente finanziare una sperimentazione sarebbe chiamato a dimostrare di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare quel danno, sebbene si sia ugualmente verificato. L'assimilazione della sperimentazione clinica a un'attività pericolosa si fonderebbe quindi principalmente sull'assunto che si tratti, per definizione, di una pratica i cui effetti sono ignoti o comunque ancora non sufficientemente conosciuti, essendo di per sé diretta a conoscere le reazioni del corpo umano sottoposto a un determinato trattamento o farmaco. La pericolosità dipenderebbe, in particolare, dalla carenza di cognizioni scientifiche nel tempo in cui la sperimentazione è intrapresa, conoscenze che si vogliono appunto acquisire tramite l'attività di ricerca. Questa tesi tutelerebbe maggiormente il paziente danneggiato dal coinvolgimento nello studio: in primo luogo per l'assenza di limitazioni alla responsabilità in capo al promotore, fermo restando l'unico limite rinvenibile nell'intervento di un fattore esterno, ovvero il caso fortuito, che attiene alla modalità di causazione del danno, o consistere nel fatto dello stesso danneggiato, come specificato anche dal giudice di legittimità; in secondo luogo, poiché varrebbe il termine quinquennale di prescrizione dell'azione di richiesta di risarcimento danni.

In generale, la giurisprudenza propende per una maggiore tutela del paziente. Un esempio è dato dall'art. 39 d.lgs. 219/2006, che sancisce espressamente il non venire meno della responsabilità civile e penale del fabbricante e di colui che mette in commercio il farmaco autorizzato. L'art. 2050 c.c. individua inoltre la responsabilità in capo all'impresa farmaceutica persino quando sia stata autorizzata a immettere un farmaco in commercio e abbia ottemperato alla



normativa vigente. Questo principio vale a maggior ragione nel caso in cui il farmaco autorizzato per un trattamento venga utilizzato per cure nuove o diverse o in un quantitativo difforme dalla prescrizione.

La tendenziale ricerca verso la massimizzazione della tutela del paziente arruolato è utile anche a superare un eventuale temperamento della responsabilità in capo al promotore, data dall'enucleazione del concetto di «rischio da sviluppo». Il termine racchiude l'idea secondo cui solo successivamente alla commercializzazione di un prodotto, e alle scoperte scientifiche o agli sviluppi della tecnica, si può assistere a un incremento dei livelli di sicurezza, il che comporta l'esclusione di responsabilità per danni connessi a effetti collaterali non gestibili nel momento poiché, appunto, non ancora conosciuti.

Analizzando ora la seconda delle due tesi, secondo la quale il rischio dipenderebbe non dall'esercizio di un'attività pericolosa ma direttamente dal medicinale sperimentale, occorre soffermarsi sul diverso concetto di: difetto del prodotto. Come già visto, il farmaco è un prodotto la cui utilizzazione può comportare dei rischi, controbilanciati dall'utilità e dai benefici per la collettività. Laddove si analizzi la disciplina partendo dal concetto di medicinale sperimentale come prodotto potenzialmente "difettoso", e come tale producibile di danno, non può non considerarsi il d.lgs. 206/2005 («*Codice del consumo*»), che contiene la definizione di «prodotto difettoso». E' tale quello che non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze tra cui: a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite; b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere; c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione. A chiusura, l'art. 117 Cod. Cons. afferma che il prodotto è difettoso se non offre «la sicurezza offerta normalmente dagli esemplari della medesima serie». Tuttavia, l'art. 120 impone al danneggiato (che nel caso di specie il paziente coinvolto nello studio) l'onere di provare tre elementi: il difetto del prodotto; il danno e la connessione causale tra difetto e danno. L'utilizzatore è onerato della dimostrazione che il prodotto non offrì la sicurezza che ci si poteva legittimamente attendere, tenuto conto di tutte le circostanze, tra le quali le modalità di immissione nel mercato, la sua presentazione, le informazioni e le istruzioni allegate (art. 117 Cod. Cons.).

La responsabilità da prodotto difettoso ha quindi natura «presunta», e non oggettiva, poiché prescinde dalla colpevolezza del produttore, a cui spetta, ai sensi dell'art. 118 Cod. Cons., «provare i fatti che possono escludere la responsabilità», fornendo nel caso la dimostrazione che il difetto non esistesse nel momento in cui il prodotto veniva messo in circolazione, o che all'epoca non fosse riconoscibile in base allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche.

Dall'analisi giurisprudenziale e normativa sembra dunque che il rischio afferente alla conduzione di una sperimentazione interventistica connoti intrinsecamente l'attività stessa piuttosto che il prodotto, la quale può quindi essere qualificata dal punto di vista civilista come “pericolosa”, con le conseguenze analizzate in termini di responsabilità.

#### **4. Architettura giuridica delle responsabilità dei soggetti coinvolti nelle sperimentazioni cliniche**

Fermo restando, come visto, che il diritto del paziente alla tutela della propria integrità fisica e psichica, nel corso della sperimentazione clinica, è rafforzato dalla connotazione di pericolosità dell'attività ai sensi dell'art. 2050 c.c., l'onere di provare di «avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno» ricade sull'«esercente l'attività» posto che è noto che è chiamato a rispondere chiunque cagiona il danno.

Dunque, occorre individuare il soggetto che causa il danno, un problema di non poco riguardo se si pensa ad un'attività così complessa come quella sperimentale. Come si è accennato precedentemente, sono diversi i soggetti che svolgono attività nella conduzione della sperimentazione, tra cui: il promotore, lo sperimentatore (che può coincidere con il promotore), il Comitato etico, e infine il legale rappresentante della struttura sanitaria presso cui è condotta la sperimentazione, che può coincidere con il promotore nell'ipotesi in cui sia lo stesso ente ad assumere l'iniziativa dello studio per le proprie finalità di ricerca.

La disciplina sopra esaminata deve essere interpretata in combinato disposto con l'art. 7 della legge Gelli, che sancisce la regola secondo cui le strutture di cura sono chiamate a rispondere nei confronti del paziente delle condotte dolose e colpose degli operatori dei quali si avvalgono nell'adempimento della propria obbligazione, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.

Analogamente a una qualsiasi ipotesi di responsabilità sanitaria, nel caso in cui la lesione lamentata risulti causalmente riconducibile a una carenza organizzativa della struttura, questa potrà essere chiamata a rispondere per responsabilità contrattuale diretta, ai sensi dell'art. 1218 c.c., in virtù della mancanza di un ambiente e di attrezzature idonei a garantire la sicurezza delle cure. L'Azienda ospedaliera dovrà invece essere chiamata a rispondere, ai sensi dell'art. 1228 c.c., per tutti quei casi in cui il danno sia riconducibile al negligente operato dei medici coinvolti nello studio, ossia dello sperimentatore e dei collaboratori<sup>[16]</sup>.

Ci si può ancora domandare quale rapporto si instauri tra il titolo contrattuale imposto ex lege, ai sensi dell'art. 7 della legge Gelli, e l'asserita natura pericolosa dell'attività sperimentale. Un'ipotesi interpretativa potrebbe essere quella secondo cui nell'ambito dell'attività sperimentale, lo sperimentatore dovrà fornire la prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno, affinché il comportamento tenuto sia valutato secondo il parametro della diligenza, rapportato al grado di difficoltà in cui è incorso. Dunque, l'onere probatorio che incombe sulla struttura sanitaria potrebbe essere quello previsto dall'art. 1218 c.c., ma adeguato «alla peculiare natura dell'attività svolta».

L'operato dello sperimentatore sarebbe così da valutarsi alla luce della normativa specifica: ai sensi dell'art. 3, comma 7, del d.lgs. 200/2007, infatti, «le cure mediche prestate ai soggetti in sperimentazione e le decisioni di natura medica prese nel loro interesse ricadono sempre sotto la responsabilità di un medico qualificato». Il legislatore ha inoltre previsto che la sperimentazione sia condotta in conformità al protocollo, approvato preventivamente dal Comitato etico. Anche in questo caso sarebbe la struttura sanitaria a dover rispondere per i danni causati dallo sperimentatore, eccezion fatta per l'azione di rivalsa dell'Azienda nei confronti del medico, limitata tuttavia ai soli casi di dolo o colpa grave. Il problema che si solleva porta a chiedersi se l'osservanza delle norme di buona condotta clinico-assistenziale, affiancata al rispetto del protocollo, sia sufficiente per escludere, non tanto la colpevolezza del medico, ma la gravità della stessa ai fini di un efficace esercizio dell'azione di rivalsa da parte della struttura.

Verosimilmente, una volta ottenuta l'approvazione del protocollo da parte del Comitato Etico il medico difficilmente può cogliere una pericolosità non colta precedentemente e quindi allo sperimentatore può essere imputata una responsabilità solo mancato rispetto dell'applicazione delle disposizioni

contenute nel protocollo approvato.

Difficilmente lo sperimentatore può essere chiamato a rispondere per danni cagionati da vizi del protocollo salvo che egli abbia ommesso di evidenziare vizi nello stesso che avrebbero dovuto essere identificati adottando la diligenza richiesta nell'attuazione dello stesso. In sede di regresso, al medico potrebbe essere imputata la grave negligenza della mancanza di segnalazione degli eventi avversi che discende da un obbligo contrattuale tra promotore e sperimentatore stesso. Dunque, in questo specifico caso, la struttura potrebbe rispondere dell'art. 1228 c.c. nei confronti dello sponsor, decidendo anche di rivalersi nei confronti del medico, nel caso il promotore dimostrasse che l'aggravamento del danno per il paziente, o il patimento, o persino l'evento infausto della morte, si sarebbe potuto evitare attraverso l'adempimento diligente dell'obbligazione di cessare immediatamente la conduzione della sperimentazione o di segnalare il manifestarsi di eventi avversi.

Alla luce di questa ricostruzione, si potrebbe concludere che la struttura sanitaria sia fortemente responsabilizzata laddove intenda accettare di far condurre e svolgere sperimentazioni.

Tuttavia, rispetto al quadro configurato nelle linee essenziali, occorre aggiungere una riflessione sulle responsabilità del Comitato etico, chiamato per legge a pronunciarsi preventivamente rispetto all'attivazione di uno studio sperimentale, a cui spetta un'imprescindibile attività propedeutica di analisi e valutazione della liceità che si racchiude in un parere vincolante ed obbligatorio.

## **5. Il contesto normativo dell'uso compassionevole e *off-label* dei farmaci e la diretta responsabilità del medico**

Il ricorso precoce al farmaco può avvenire nel rigoroso rispetto delle stringenti condizioni previste con l. n. 648/1996 23 («*Conversione in legge del d.l. n. 536/1996, recante misure per il contenimento della spesa farmaceutica e la rideterminazione del tetto di spesa per l'anno 1996*»), e ai sensi del d. m. 7 settembre 2017 («*Disciplina dell'uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica, per quanto più strettamente concerne l'uso compassionevole dei farmaci*»).

Prioritariamente, il legislatore ha considerato l'incidenza economica dell'uso *off-*

*label* del farmaco sul Servizio Sanitario Nazionale, tanto che la l. n. 648/1996 è stata emanata proprio con il fine principale di limitare e razionalizzare la spesa pubblica conseguente all'erogazione di farmaci per indicazioni terapeutiche diverse da quelle espressamente autorizzate. Per questo è stato introdotto il concetto di «insussistenza di valida alternativa terapeutica», che costituisce la condizione in forza della quale il SSN può sostenere il costo per il rimborso di un farmaco inserito nella cosiddetta «*Lista 648*», prevista dalla medesima legge. Solo con l'entrata del successivo d.lgs. n. 23/1998, convertito con modificazioni dalla l. n. 94/1998, sono stati disciplinati altri peculiari aspetti di modalità di assunzione del farmaco e connessa responsabilità del medico. Infatti, proprio nell'ambito dell'uso compassionevole dei farmaci, è stringente il nesso tra le prescrizioni farmacologiche «fuori etichetta» e la discrezionalità tecnica dei medici nel valutare, secondo scienza e coscienza, la terapia ritenuta quale ultima possibilità salva vita a dispetto dell'assunzione di altrettanti elevati rischi sulla salute. In mancanza di un preventivo rilascio dell'autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco, specificatamente finalizzato a verificarne e accertarne la sicurezza per i potenziali destinatari, la potenzialità del rischio diventa di gran lunga superiore.

Nel dettaglio, l'art. 3 comma 2 del d.lgs. n. 23/1998 ha previsto che, a fronte della generalità dei casi in cui il medico deve attenersi alle modalità e alle vie di somministrazione proprie dei singoli farmaci (secondo quanto previsto dall'A.I.C. dei medesimi), in situazioni più specifiche egli possa prescriberne al paziente anche un impiego *off-label*, purché «*ritenga, in base ad elementi obiettivi, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia consolidato e conforme a linee guida o lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale*».

La norma ha quindi sostanzialmente ed espressamente previsto che tale possibilità rientri nella discrezionalità di scelta della terapia farmacologica da parte del medico, purché su questa «esista un minimum di evidenza scientifica», anche se non autorizzata e indipendentemente dal suo inserimento nella *Lista 648* dei farmaci *off-label* rimborsati dal SSN. Soffermandosi sul tema delle cure tempestive non erogabili dal servizio pubblico, con un arresto giurisprudenziale, la Corte di Cassazione ha riconosciuto che «*il diritto alla fruizione di prestazioni*

*sanitarie a carico del Servizio sanitario, garantito dalla Costituzione e dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in favore di un numero quanto più ampio possibile di fruitori, deve dunque essere accertato sulla base dei seguenti criteri: a) le prestazioni richieste devono presentare, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, validate da parte della comunità scientifica; b) l'appropriatezza, che impone che vi sia corrispondenza tra la patologia e il trattamento secondo un criterio di stretta necessità, tale da conseguire il migliore risultato terapeutico con la minore incidenza sulla qualità della vita del paziente; c) l'economicità nell'impiego delle risorse, che richiede di valutare la presenza di altre forme di assistenza, meno costose ma di efficacia comparabile, volte a soddisfare le medesime esigenze ed erogabili dalle strutture pubbliche o convenzionate»<sup>[17]</sup>. Dunque, il medico, nel caso di somministrazione *off-label* di farmaci, si assume la responsabilità di prescrivere gli stessi come ultima via per la sopravvivenza del paziente, previa personale valutazione circa l'esistenza di evidenze scientifiche e un significativo beneficio in termini di salute, nonché l'appropriatezza del trattamento con medicinale *off-label* rispetto alla patologia secondo un criterio di stretta necessità. Il tema ha al centro il concetto di «evidenza scientifica» che già di per sé solleva già un primo ordine di problema, riguardante la definizione del grado o livello di «evidenza scientifica» che gli studi debbano avere per autorizzare l'uso *off-label* di un farmaco e di cui oltre si tratterà.*

Le ulteriori condizioni che contingentano l'accesso precoce ai farmaci sono espressamente previste nel D.M. 7 settembre 2017: per uso compassionevole per pazienti affetti da malattie gravi o rare o che si trovino in pericolo di vita, quando, a giudizio del medico, non vi siano altre valide alternative terapeutiche; quando il paziente non può essere incluso in una sperimentazione clinica; ai fini della continuità terapeutica, per pazienti già trattati con beneficio clinico nell'ambito di una sperimentazione clinica almeno di fase II conclusa.

In questi casi tipizzati, il profilo autorizzativo di utilizzo sperimentale del farmaco retrocede per fare prioritariamente spazio all'attuazione del principio della tutela della vita e al maggior sforzo possibile per salvarla. L'ordinamento consente, quindi, un accesso agevolato a farmaci sottoposti a sperimentazione che, in ragione della loro indispensabilità e non sostituibilità nel caso di specie, sono però

somministrati, come visto, sotto la diretta responsabilità del medico.

Merita soffermarsi, seppur brevemente, sull'aspetto dell'assunzione della diretta responsabilità del medico poiché rappresenta uno degli elementi caratterizzanti l'uso compassionevole e *off-label* dei farmaci costituendo un ribaltamento degli ordini di fattori nell'architettura della responsabilità, analizzata nei tratti essenziali nel paragrafo precedente, che, invece, ordinariamente ricade tendenzialmente sul promotore, facendo subentrare quella del medico e della struttura sanitaria solo in una fase successiva nel corso della conduzione dello studio.

D'altronde, in caso di somministrazione per uso compassionevole del farmaco, la procedura amministrativa viene attivata non su iniziativa del promotore, che solitamente individua il centro sperimentale di conduzione dello studio, bensì direttamente dal medico, laddove a suo unico giudizio «*non vi siano ulteriori valide alternative terapeutiche*». È sempre il medico a dover sottoporre all'attenzione del Comitato etico<sup>[18]</sup> competente la documentazione contenente le seguenti indicazioni: a) motivazione clinica della richiesta; b) schema posologico e modalità di somministrazione di cui è stata dimostrata sicurezza e attività di somministrazione; c) grado di comparabilità dei pazienti arruolabili; d) dati pertinenti relativi alla sicurezza, alla tollerabilità e all'efficacia; e) modello di consenso; f) dichiarazione di disponibilità dell'azienda produttrice alla fornitura gratuita del medicinale; g) dichiarazione di assunzione personale di responsabilità del medico.

Mentre ordinariamente il Comitato Etico fornisce un parere allo studio previa acquisizione dell'autorizzazione di AIFA; in questo caso, il parere del Comitato Etico del centro presso cui il farmaco *off-label* verrà somministrato dovrà essere trasmesso, entro tre giorni, ad AIFA. Senza che sia necessaria una preventiva autorizzazione dell'Autorità, il farmaco può essere gratuitamente dalla casa farmaceutica al centro sperimentale potendo AIFA intervenire con un controllo successivo sospendendo o vietando l'impiego del medicinale se ritenuto lesivo o ad elevato rischio sulla tutela della sicurezza dei pazienti.

Contrariamente alla procedura ordinaria di sperimentazione di farmaci autorizzati, il procedimento in questo caso parte dal basso, poiché è l'iniziativa di un medico o di un gruppo di medici a dare avvio all'attività dei Comitati etici competenti – e non di un promotore come una società farmaceutica – e a

sottoporre a valutazione lo studio ad AIFA.

Ogniqualevolta si attui l'accesso precoce al farmaco, alla variazione dello schema di regolazione dell'attuazione della conduzione sperimentale di un farmaco è connesso il capovolgimento dell'architettura giuridica delle responsabilità in capo ai soggetti coinvolti. Infatti, l'ordinamento giuridico ammette la somministrazione di un farmaco, non previamente autorizzato al commercio, o non autorizzato per l'uso che si intende sperimentare, ad uso salva vita quando la distanza temporale tra l'attuazione della pratica clinica e l'ottenimento dell'autorizzazione a seguito del procedimento previsto per legge possa essere, in mancanza di alternativa terapeutica, fatale per il paziente.

L'inversione degli ordini dei fattori induce a ritenere che il verificarsi di un evento dannoso connesso causalmente all'uso *off-label* di un farmaco può configurare la colpa, non per l'uso *off-label* in sé, ma per il verificarsi di un possibile errore, valutabile caso per caso. Infatti, quando nell'esercizio del diritto della libertà terapeutica il medico opta per l'uso *off-label* di un farmaco, egli «opera per una scelta puntuale dalla quale potrebbe scaturire una precisa responsabilità». Nella sua decisione, il medico dovrebbe avvalersi di alcune linee guida, di cui si fa espressa menzione all'art. 5 della legge Gelli, 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. Tuttavia, questo potenziale e utile strumento del medico, nonché possibile parametro di valutazione della sua condotta da parte di un giudice in un'eventuale causa, ancora non esiste.

Dal quadro sopra descritto riemerge l'impatto sul sistema di somministrazione *off-label* dei farmaci della disposizione del Codice penale dell'art. 590-sexies c.p. Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, introdotta a seguito dell'entrata in vigore della legge Gelli. L'abrogata legge n. 189/2012 sanciva la non imputabilità penale della condotta del medico sorretta da colpa lieve; la norma vigente specifica, invece, che qualora i reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose vengano commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene previste dalle generali norme incriminatrici, salvo il caso in cui il reato derivi da imperizia del sanitario che abbia rispettato le linee guida o le buone pratiche cliniche e assistenziali.

L'esimente contemplata dalla legge Gelli, che ha superato la distinzione tra i



diversi gradi di colpa, trova applicazione nelle ipotesi di imperizia e nei casi in cui il sanitario abbia agito nel rispetto delle linee guida accreditate e approvate secondo il disposto dell'art. 5. Applicando il principio alla tematica di cui più strettamente ci si sta occupando, ossia l'uso compassionevole del farmaco, è evidente che il medico potrebbe essere impossibilitato a osservare le linee guida, nel caso non fossero ancora accreditate e approvate nel momento in cui si attua la scelta terapeutica, fondata quindi in quel momento su criteri diversi. Come visto, l'utilizzo compassionevole del medicinale può rientrare o in una sperimentazione per uso terapeutico nominale in base alle sole evidenze scientifiche e non anche nell'ambito di un protocollo o, viceversa, in un uso terapeutico cioè rivolto a più pazienti sulla base di un protocollo clinico definito e identico per tutti.

È quindi chiaro che la condotta del medico che opti per un uso compassionevole non possa essere valutata in base al canone dell'osservanza delle linee guida; un'ipotesi è che, in questo caso, possano piuttosto venire in soccorso le «sole» buone pratiche clinico-assistenziali, previste solo via subordinata dalla legge Gelli. Assume così particolare rilevanza l'analisi del concetto di «evidenza scientifica», posto che, anche nel caso di uso compassionevole del farmaco, si ponga il problema di capire se le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica possano essere un parametro sufficiente.

Si pensi alla lacuna di un'univoca definizione, a livello internazionale, di buona pratica clinico-assistenziale, che la giurisprudenza ha tentato di colmare, affermando che *«le linee-guida differiscono notevolmente, sotto il profilo concettuale, prima ancora che tecnico-operativo, dalle buone pratiche clinico-assistenziali, sostanziandosi in raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione concettuale, volto ad offrire indicazioni utili ai medici nel decidere quale sia il percorso diagnostico-terapeutico più appropriato alle specifiche circostanze cliniche [...] e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi [...]». Esse consistono dunque nell'indicazione di standards diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza ed esperienza medica, a garanzia della salute del paziente e costituiscono il condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi e quindi qualcosa di molto diverso da una semplice buona pratica clinico-assistenziale»* (Cass. Pen., sez. IV, 22 giugno 2018, n. 47748).

Quindi, al fine di far rientrare nell'alveo di applicabilità della legge Gelli anche la condotta del medico che sottopone il paziente a uso compassionevole di farmaco non autorizzato o autorizzato per indicazioni diverse da quelle applicate al caso di specie, si potrebbe ipotizzare che l'unico parametro di «sapere codificato» in forza del quale poter valutare, da parte del giudice, la condotta del medico è la buona pratica clinica. A chiusura, occorrerebbe altresì domandarsi se la buona pratica clinica sancita a parametro della punibilità o meno del medico dalla legge Gelli sia sovrapponibile alla definizione fornita dal d. lgs. 200/2007 quale insieme «*di requisiti in materia di qualità in campo etico e scientifico, riconosciuti a livello internazionale, che devono essere osservati ai fini del disegno, della conduzione, della registrazione e della comunicazione degli esiti della sperimentazione clinica con la partecipazione di esseri umani*». Dal combinato disposto dell'art. 1 del DM e del d. lgs. 200/2007 sembrerebbe in effetti possibile avvicinare concettualmente la buona pratica clinica - da adottarsi in materia di sperimentazioni interventistiche di medicinali - a quella in caso di uso compassionevole. Tuttavia, non si può immaginare che il grado di robustezza dei dati e dei requisiti a sostegno della proceduralizzazione della sperimentazione interventistica sia identica a quella per la conduzione di quella a uso compassionevole: a questo proposito il legislatore prevede che il farmaco utilizzato con altra indicazione terapeutica sia stato almeno sperimentato con studio in fase seconda (con cui si verifica almeno la sicurezza sull'uomo), e che vi siano dati disponibili sufficienti per formulare un favorevole giudizio sull'efficacia e la tollerabilità del medicinale richiesto.

## **6. Emergenza Covid-19: deroghe alla disciplina della sperimentazione *off-label* di farmaci in forza della decretazione d'urgenza**

Gli schemi procedurali sopra descritti relativamente all'accesso precoce al farmaco subiscono, come anticipato nell'introduzione, alcune modifiche imposte dalla decretazione d'urgenza per l'impellente necessità di salvare la salute collettiva.

La decretazione d'urgenza prevede l'emanazione di provvedimenti necessitati «che hanno per presupposto un volgere di avvenimenti tale da potere far

oggettivamente ritenere che un interesse pubblico sia esposto ad un pericolo di compromissione irreparabile per cui l'urgenza del provvedere raggiunge tale altezza da divenire necessità»<sup>[19]</sup>

Dinnanzi ad imprescindibili esigenze di conservazione dello Stato, il Governo sarebbe così autorizzato ad adottare provvedimenti, appunto dell'emergenza come decreti legge o ordinanze, come se la necessità diventi essa stessa fonte del diritto<sup>[20]</sup>. La forza della necessità nel caso dell'emergenza sanitaria Covid-19 ha portato, come noto, ad interventi senza precedenti tra cui, come noto, chiusura di scuole e di università, limitazioni all'esercizio di attività produttive e alla libertà di movimento a tutela della salute individuale e pubblica.

L'emergenza sanitaria, in questi mesi, a livello statale, ha costituito il presupposto per l'emanazione di una serie numerosa di decreti legge in forza, appunto, dell'esistenza della condizione di «straordinarietà e urgenza» sancita all'articolo 77 Cost.

Con la decretazione d'urgenza si è anche derogato alla disciplina ordinaria in tema di sperimentazione di farmaci ad uso compassionevole.

Partendo dal dato oggettivo secondo cui l'uso compassionevole del farmaco in via sperimentale è l'unica via attualmente percorribile in mancanza di vaccino, l'emergenza sanitaria ha imposto un sostanziale ribaltamento tra regola ed eccezione. Anche la sperimentazione dei farmaci è così stata investita dalla decretazione d'urgenza, in particolare con il d. l. n. 18/2020 (*«Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19»*) prevede all'art. 17 (Disposizioni urgenti materia di sperimentazione dei medicinali e dispositivi medici per l'emergenza epidemiologica da Covid-19).

Con decreto-legge, limitatamente al periodo di emergenza, e proprio al fine di migliorare la capacità di coordinamento e di analisi delle «evidenze scientifiche disponibili», è affidata ad AIFA la possibilità di accedere a tutti i dati degli studi sperimentali e degli usi compassionevoli dei medicinali anti-Covid-19 oggetto di ricerca presso i centri sperimentali italiani. A differenza delle procedure amministrative ordinarie, la Commissione tecnico scientifica (CTS) dell'AIFA, appositamente istituita, esercitando una sorta di controllo questa volta sì preventivo, è responsabile della valutazione di tutti i protocolli di studio elaborati dai centri sperimentati italiani al fine di testare farmaci ad uso compassionevole.

Inoltre, è previsto un dialogo tra AIFA e il Comitato tecnico dell'Unità di crisi del Dipartimento della Protezione Civile, affinché si istituisca una raccolta dei dati centralizzata sia dei protocolli clinici che delle «*evidenze scientifiche*» acquisite nel tempo relativamente a questo sconosciuto virus. Un ulteriore elemento di differenziazione rispetto a quanto ordinariamente previsto è rappresentato dalla costituzione di un sistema di centralizzazione delle funzioni del Comitato etico unico (e nazionale), in capo a quello già afferente Istituto nazionale per le malattie infettive Lazzaro Spallanzani (IRCCS), chiamato a esprimere un parere a livello nazionale sulla base dei dati precedentemente raccolti e analizzati dalla CTS dell'AIFA. Il parere rilasciato dal Comitato etico nazionale è pubblicato sul sito dell'AIFA, a cui spetta anche il rilevante compito di diffondere le procedure in forza delle quali i centri sperimentali possono attuare procedure di attuazione degli studi presso le strutture sanitarie aderenti.

In questo caso, non si può che osservare come l'emergenza imposta nel salvare vite stravolga in qualche modo sia l'ordine dei fattori sotto il profilo autorizzativo, sia i momenti di intervento dei diversi soggetti competenti nella realizzazione della rete di sperimentazione sopra descritta. In questo caso, non si attua infatti quel concorso di azioni che partono dal promotore dello studio e che arrivano a coinvolgere lo sperimentatore e la struttura sanitaria lasciando che sia, invece, il medico a ritenere di dover applicare un protocollo di studio previa (secondo la normativa emergenziale) avvallo scientifico e monitoraggio di AIFA e del Comitato etico nazionale.

A chiusura si potrebbe riflettere sul fatto che l'acquisizione generalizzata e ampia di dati scientifici che, in modo del tutto sorprendente, costituisce il substrato delle «*evidenze scientifiche*» delle buone pratiche cliniche assistenziali di cui proprio prima si è parlato. D'altronde, se la pandemia da Covid-19 ha fatto scendere in campo le forze della scienza farmacologica e medica contro una nuova emergenza sanitaria senza precedenti, la decretazione d'urgenza ha condotto la scienza di accesso precoce al farmaco verso uno schema che porta all'acquisizione di informazioni e alla condivisione in tempo reale dei dati scientifici.

Dati scientifici che probabilmente costituiranno le «*evidenze scientifiche*» della pratica clinica a contrasto del Covid-19 che assumono l'essenza di un sapere nevralgico per la tutela della salute globale.

## CERIDAP

1. F. Alagna, *Emergenza coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in *Federalismi.it*, 21 marzo 2020.
2. L'11 marzo 2020 il Direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità (Oms), Tedros Adhanom Ghebreyesus, ha annunciato la trasformazione delle condizioni da epidemia a pandemia, stante la diffusione su scala mondiale-internazionale.
3. La sperimentazione clinica (dei farmaci) consiste in «qualsiasi studio sull'uomo finalizzato a scoprire o verificare gli effetti clinici, farmacologici e/o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali sperimentali, e/o a individuare qualsiasi reazione avversa ad uno a più medicinali sperimentali, e/o a studiarne l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione, con l'obiettivo di accertarne la sicurezza e/o l'efficacia, nonché altri elementi di carattere scientifico e non. Questa definizione include le sperimentazioni cliniche effettuate in un unico centro o in più centri, solo in Italia o anche in altri Stati membri dell'Unione europea» (così art. 2 d.lgs. n. 211/2003, «*Attuazione della Direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico*»).
4. Il d. lgs. n. 219/2006 («*Codice europeo dei medicinali per uso umano*»), definisce “medicinale”: 1) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; 2) ogni sostanza o associazione di sostanze che può essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica.
5. Il principio di autodeterminazione nasce dall'alleanza terapeutica tra medico e paziente. In argomento, M. Vergallo, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, 4, che richiama le Epidemie, I, 12, 5, di Ippocrate.
6. Di norma alla tappa preclinica, condotta in laboratorio dove si testano finalità terapeutiche delle sostanze, segue quella clinica volta all'accertamento non solo della reale efficacia terapeutica del farmaco ma anche della sicurezza; tra queste intercorre il delicatissimo percorso attuativo in ambiente clinico ed ospedaliero che porta ai risultati richiesti affinché le autorità regolatorie possano autorizzare l'immissione in commercio del farmaco. In argomento, R. Masoni, *La sperimentazione di terapie innovative: la ricostruzione del quadro normativo*, in *Dir. Fam. Terz.*, 2019, 2, 968.
7. Il decreto legislativo, pur rappresentando la fonte normativa quadro per le sperimentazioni interventistiche, è stato oggetto di modifica legislativa a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 3/2018 - contenente la delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi, per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di sperimentazioni, nonché per il riordino delle disposizioni in materia di professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria - al fine di armonizzare la disciplina nazionale a quella europea, a seguito dell'introduzione del Regolamento 2014/536/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano, Regolamento che abroga la Direttiva 2001/20/CE. Per un'approfondita analisi del Regolamento, M. Ferrari, *La nuova normativa per un approccio armonizzato alla*

## CERIDAP

- regolamentazione delle sperimentazioni clinica nei paesi dell'UE*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2016, 2, 702 ss.
8. Il d. lgs. n. 20/2007 definisce “promotore” una società, istituzione oppure un organismo che si assume la responsabilità di avviare, gestire ed eventualmente finanziare una sperimentazione clinica.
  9. Cons. St., 31 gennaio 2020, n. 808, in *Foro it.*, 2020, 4, III, 202.
  10. Per un’analisi del concetto di “società del rischio”, R. Ferrara, *La protezione dell’ambiente e il procedimento amministrativo nella società del rischio*, in *Dir. e soc.*, 2006, 508 ss.; Id., *Emergenza e protezione dell’ambiente nella «società del rischio»*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 10, 3356. L’attuale “società del rischio” è connotata da rischi che endemicamente la caratterizzano tra cui, appunto, il rischio sanitario approfonditamente trattato da M. P. Chiti, *Il rischio sanitario e l’evoluzione dall’amministrazione dell’emergenza all’amministrazione precauzionale*, in *Riv., it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1, 1.
  11. Tra le monografie dedicate ai “comitati etici”: E. Furlan, *Comitati etici in sanità: storia, funzioni e questioni filosofiche*, Franco Angeli, Milano, 2015; L. Marini, *I comitati etici per la sperimentazione clinica dei medicinali: competenze nella normativa comunitaria e nazionale: in appendice la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2001/20 del 4 aprile 2001*, D’Anselmi, Roma, 2001; L. Galvagni, *Bioetica e comitato etico*, EDB, Bologna, 2005.
  12. Cass. civ., 18 maggio 2015, n. 10131, annotata da P. Di Michele in *Dir. & Giust.*, 19 maggio 2015, che si è pronunciata sull’attività edilizia, quando comporta opere di trasformazione o di rivolgimento o spostamento delle masse terrose, e scavi profondi interessanti vaste aree, che hanno provocato dei danni ad un immobile nel fondo attiguo rispetto a quello dove sono stati effettuati i lavori.
  13. Cass. civ., 27 marzo 2019, n. 8449, in *Giust. Civ., Massimario 2019*, che si è pronunciata qualificando l’attività alpinistica come pericolosa.
  14. Trib. Salerno, 02 ottobre 2007 in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1, 361 e in *Rass. dir. farm.*, 2008, 1, 29.
  15. App. Roma, 21 novembre 2006, in *Rass. dir. farm.*, 2007, 3, 602.
  16. Per un’approfondita disamina dei profili pretori e legislativi, sull’evoluzione della responsabilità medica, si rinvia ai contributi che richiamano il concetto di “medicina difensiva”: così C. Granelli, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, 1, 22; Id., *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2018, 2, 410.
  17. Cass. Civ., 17 aprile 2019, n. 10719.
  18. Il d. lgs. n. 200/2007 definisce il “comitato etico” un organismo indipendente, composto da personale sanitario e non, a cui è demandato il compito di «*ritrovare ogni volta le ragioni della scienza da conciliare con il diritto e l’etica*». Tra i principali compiti c’è quello di garantire la tutela dei diritti e del benessere dei soggetti arruolati nello studio sulla base di caratteristiche predefinite e a priori, valutate dallo sperimentatore in accordo con il promotore. L’organismo ha inoltre il compito di fornire pubblica garanzia di tale tutela,

## CERIDAP

che viene ottemperato per esempio attraverso l'espressione di pareri sul protocollo di sperimentazione, sull'idoneità della capacità tecnica e dell'esperienza degli sperimentatori, sull'adeguatezza delle strutture, e sui metodi e i documenti che verranno impiegati per informare i soggetti e per ottenerne il consenso informato. La centralità del ruolo del comitato etico si è non solo confermata ma anche rafforzata con l'entrata in vigore del Regolamento UE 536/2014, sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano, che abroga la Direttiva 2001/20/CE: l'art. 6 ha confermato che tale organismo dovrà esprimere il proprio parere, sulla base di una valutazione delle previsioni dei benefici terapeutici, per i pazienti partecipanti alla sperimentazione e per la salute pubblica.

19. M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, 577.
20. S. Licciardello, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, in *Federalismi.it*, 2020, 2, *Osservatorio emergenza Covid-19*.

## Il controllo successivo di regolarità amministrativa negli Enti locali

*Maria Elisa Borrelli e Marta Ingaggiati*

*Il D.L. n. 174/2012 ha ulteriormente dettagliato i controlli interni negli Enti locali previsti dal D.Lgs. n. 286/1999, prevedendo una fase preventiva e una successiva del controllo di regolarità amministrativa. In base all'articolo 147-bis TUEL, il controllo successivo è un controllo interno, effettuato a campione, sotto la direzione del Segretario comunale. Temporalmente, si colloca nella fase successiva alla formazione dell'atto e dev'essere assicurato secondo principi generali di revisione aziendale nonché secondo modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'Ente. Gli atti interessati da questa tipologia di controllo sono: le determinazioni di impegno di spesa, gli atti d'accertamento dell'entrata, gli atti di liquidazione della spesa, i contratti e altri atti amministrativi. Il controllo esercitato sui singoli atti deve riguardare non solo la legittimità, ma anche l'economicità dell'operazione nel suo complesso: tuttavia, i principi di matrice contabile non integrano propriamente la finalità del controllo successivo di regolarità amministrativa, in quanto lo stesso risulta concentrato alla sola regolarità amministrativa e non anche contabile delle determinazioni, dei contratti e degli atti sottoposti a controllo. In base al comma 3 dell'articolo 147-bis, i risultati emersi dall'attività del controllo devono essere trasmessi periodicamente, a cura del Segretario comunale, a una serie di soggetti qualificati: agli organi di valutazione dei risultati dei dipendenti, come documenti utili per la valutazione, ai Revisori dei conti, al Consiglio comunale e ai vari responsabili dei servizi, unitamente alle direttive cui conformarsi in caso di irregolarità, anomalie e criticità, con cui il Segretario propone ipotesi di soluzione. Il processo del controllo successivo potrebbe trarre vantaggio da una propria digital transformation, poiché ad oggi lo stesso si esplica attraverso un doppio binario cartaceo-digitale: si potrebbe, quindi, ipotizzare lo sviluppo di una piattaforma informatica ad hoc. I benefici che potrebbe apportare la digitalizzazione a tale processo sono molteplici: si potrebbe addivenire ad una dematerializzazione e progressiva digitalizzazione della procedura di controllo e inoltre le informazioni, afferenti tutte al medesimo Ente, riuscirebbero a integrarsi meglio, ottimizzando i dati già acquisiti, evitando duplicazioni nelle richieste documentali e consentendo*



*una svolta green.*

*[The subsequent check for administrative regularity in local authorities] D.L. n. 174/2012 details the internal control system in local authorities envisaged by D.Lgs. n. 286/1999, providing for a preventive and a subsequent phase of administrative regularity control. According to art. 147-bis T.U.E.L., subsequent control is an internal arbitral control, implemented during the following phase of the formation of the act, under the direction of the municipal secretary. It must be ensured according to general principles of corporate audit and methods defined within the organization's autonomy. Acts subject to control include: expenditure commitment determinations, entry verification documents, expenditure settlement documents, contracts and other administrative documents. Subsequent check concerns legitimacy and cost-effectiveness of administrative action. Nevertheless, accounting principles do not properly integrate the purpose of the subsequent check for administrative regularity, as they are concentrated only in regularity check of the determinations, contracts and deeds subject to control and not also accounting check. Art. 147-bis.3 affirms that the municipal secretary must send control results to: units evaluating employees' results, for example useful documents for the evaluation, the Auditors, the City Council and the various heads of services, along with directives to comply with in case of irregularity. Subsequent check processes may take advantage of digital transformation since it is realized through a double paper-digital track. Thus, we could hypothesize the development of an ad hoc IT platform. As an outcome, there could be several benefits such as the dematerialisation and progressive digitization of the procedure. Besides, all the information of the authority would be better integrated, while optimizing the data acquired, avoiding duplications in document requests and allowing for a green transition.*

## **1. Premessa**

Nell'attuale quadro normativo, gli Enti Locali attribuiscono particolare importanza ai controlli interni, in quanto, come sostenuto da autorevole dottrina, «*tendono a garantire la regolarità formale e sostanziale, l'adeguazione agli scopi particolari e al pubblico interesse in genere, il coordinamento e l'armonia nell'azione svolta dai vari organi e soggetti pubblici. Essi rappresentano, d'altro canto, l'attuazione concreta e costante dei limiti imposti dall'ordinamento alle sfere di competenza e autarchia, rispettivamente proprie degli organi e degli Enti*

*sopraddetti»<sup>[1]</sup> .*

In buona sostanza, i controlli interni possono essere definiti come quelle verifiche a cui, nel procedimento amministrativo, gli atti emessi da un'autorità sono sottoposti a opera di altro apposito organo<sup>[2]</sup> .

In questa sede, verrà dapprima resa una breve e generale analisi del sistema dei controlli negli Enti locali, che *«comporta e implica una verifica delle modalità e delle soluzioni adottate in concreto da ciascun sistema per soddisfare la pretesa della collettività all'osservanza delle regole e al corretto uso delle risorse pubbliche, attinte prevalentemente attraverso il prelievo fiscale. Ciascun sistema delinea, in base alle priorità costituzionali o contingenti, sistemi di controllo diretti a soddisfare le une o le altre esigenze»<sup>[3]</sup> .* Successivamente, il *focus* verrà incentrato sul controllo successivo di regolarità amministrativa, una delle tipologie di controllo interno agli Enti locali, effettuato nella fase successiva alla formazione degli atti ed eseguito su quei provvedimenti posti in essere dai responsabili dei servizi. Si tratta di un controllo a campione, effettuato nel rispetto dei principi di indipendenza, imparzialità, trasparenza, pianificazione, condivisione, tempestività e standardizzazione degli strumenti di controllo. L'obiettivo di questo esame mira a dimostrare come il fine del controllo non sia da ricondurre alla mera revisione dell'attività svolta in precedenza da altri, ma alla rispondenza dell'attività ad alcune regole o volte a salvaguardare dei valori, giuridici o metagiuridici, che il controllante ha il dovere di tutelare<sup>[4]</sup> .

## **2. L'attuale impianto normativo**

Con riguardo alla struttura del sistema dei controlli negli Enti locali si può ritenere che l'impianto delineato dal D. Lgs. n. 286/1999 sia rimasto negli anni pressoché inalterato, ad eccezione della novella discendente dal D.L. n. 174/2012. L'articolo 1, infatti, prevedeva originariamente quattro tipi di controlli interni: il controllo di regolarità amministrativa e contabile, il controllo di gestione, la valutazione della dirigenza e, infine, la valutazione e il controllo strategico. L'articolo 3 del D.L. n. 174/2012 ha provveduto a razionalizzare il sistema dei controlli interni, dettagliando maggiormente la disciplina prevista dal D.Lgs. n. 286/1999 e aggiungendo a quanto già previsto, il controllo sugli equilibri finanziari, il controllo sulla qualità e il controllo sugli organismi partecipati.

Il D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 – Testo Unico degli Enti Locali (di seguito T.U.E.L.), ha recepito le novità dinnanzi enunciate e, all' articolo 147-*bis*, ha introdotto due fasi del controllo di regolarità amministrativa e contabile: una fase preventiva e una successiva. Il controllo preventivo è previsto dal comma 1<sup>[5]</sup> dell'articolo 147-*bis*, mentre al comma 2 si rinviene il controllo successivo di regolarità amministrativa, che deve essere assicurato «secondo principi generali di revisione aziendale e modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'Ente, sotto la direzione del Segretario, in base alla normativa vigente. Sono soggette al controllo le determinazioni di impegno di spesa, i contratti e gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento». Giova sottolineare che le verifiche compiute da questa tipologia di controllo, importano, per quanto compatibili, nella Pubblica Amministrazione (di seguito P.A.) i principi di revisione aziendale: questo consente di valorizzare verifiche di tipo sostanziale, *«investendo tra l'altro, l'accertamento delle scritture contabili in relazione alla documentazione dei fatti di gestione e alle risultanze degli accertamenti fatti»*<sup>[6]</sup>.

In questo contesto, con la riorganizzazione del sistema dei controlli interni, il ruolo del Segretario comunale diviene centrale, poiché ancora di più rappresenta una figura di legalità e garanzia, *manager e civil servant*. La pregnanza di tale figura si evince dal comma 3 dell'articolo 147-*bis*, ove è previsto che le risultanze del controllo successivo di regolarità amministrativa debbano essere trasmesse dal Segretario ai Responsabili dei servizi (*«unitamente alle direttive cui conformarsi in caso di riscontrate irregolarità»*), ai Revisori dei conti e agli Organi di valutazione dei risultati dei dipendenti (*«come documenti utili per la valutazione»*), nonché al Consiglio comunale. Il controllo successivo di regolarità amministrativa attua la funzione di strumento direzionale propria dei controlli interni, poiché *«la rilevazione delle irregolarità viene utilizzata per innescare meccanismi di autocorrezione, su iniziativa diretta dei responsabili dei servizi o su stimolo degli organi politici (...) che sovrintendono al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'esecuzione degli atti»* – art. 50, c. 2 D. Lgs. n. 267/2000 – *la qual cosa implica «il dovere di intervenire in caso di manchevolezze, attivando le opportune misure correttive»*. Alla luce di quanto delineato, a maggior ragione, *«acquista significato il principio di separazione tra politica e amministrazione, consentendo all'organo politico di avere contezza (dalle informazioni provenienti*

*dal complesso dei controlli interni) delle doti manageriali di coloro che sono stati preposti ai vari servizi dell'Ente (preposizione di cui assume la responsabilità politica)»<sup>[9]</sup>.*

### **3. Il ruolo del Segretario Comunale**

Il ruolo del Segretario comunale è cambiato nel corso degli anni: infatti, se fino al 1997 il Segretario era tenuto a rendere un parere di legittimità preventivo sugli atti deliberativi di Giunta e Consiglio, con l'articolo 17, c. 85 della L. n. 127/1997<sup>[8]</sup> (cd. Legge Bassanini *bis*) sono state soppresse le parole «nonché del Segretario comunale o provinciale sotto il profilo di legittimità» all'articolo 53, c. 1, che disciplinava il rilascio di detti pareri nell'ambito della L. n. 142/1990, l'allora Testo Unico degli Enti Locali, poi successivamente confluito nell'anzidetto D.Lgs. n. 267/2000. Inoltre, per completezza, occorre ricordare che, se originariamente il Segretario era dipendente del Ministero dell'Interno, con l'intervento della L. n. 127/1997, è stata introdotta l'«Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei Segretari comunali e provinciali», poi successivamente soppressa con L. n. 122/2010<sup>[9]</sup>, facendo tornare così il Segretario nuovamente dipendente dal Ministero dell'Interno. Nel contempo, è cambiata, altresì, la modalità con cui lo stesso viene nominato: prima della Legge Bassanini era il Ministero dell'Interno, che nominava il Segretario nei comuni, attraverso il Prefetto. Oggi, invece, si è consolidato un rapporto fiduciario con il Sindaco, capo dell'Amministrazione, in quanto ora il Segretario viene scelto direttamente da questi attingendo dall'Albo nazionale dei Segretari comunali e provinciali e ricopre un incarico di pari durata a quello del Sindaco, che lo ha nominato. A seguito di elezioni amministrative, in base all'art. 99 T.U.E.L.<sup>[10]</sup>, il Segretario rimane in carica nella sede assegnata se il nuovo Sindaco non intraprende una nuova procedura di scelta tra i 60 e 120 giorni dalla data del suo insediamento.

La riforma Bassanini ha dunque determinato una svolta per la disciplina della funzione del Segretario comunale, che oggi si deduce agli articoli da 97 a 106 T.U.E.L. In particolare, l'articolo 97 T.U.E.L. prevede che presso ogni Comune il Segretario sia preposto allo svolgimento di compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'Ente, in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai

regolamenti. Il Segretario, inoltre, sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività (salvo quando il Sindaco abbia nominato un direttore generale).

Solo in casi residuali permane ancora oggi il parere preventivo di legittimità sulle deliberazioni di Giunta e Consiglio comunale reso dal Segretario comunale. A titolo rappresentativo, si richiama, a questo proposito, il caso del Comune di Milano.

Si legge, infatti, testualmente nella Relazione finale resa dal Segretario Generale in merito ai controlli successivi di regolarità amministrativa effettuati nel corso dell'anno 2019 che, «con riguardo proprio alla fase preventiva di formazione dell'atto, giova precisare che, nello specifico contesto milanese, l'attuale Regolamento sul sistema dei Controlli interni<sup>[11]</sup> – seppur in maniera non perfettamente armonizzata con la prevalente e sovraordinata fonte statutaria di cui all'art. 76 del vigente Statuto comunale<sup>[12]</sup> – ha reintrodotto, con l'art. 2 comma 1, il *«parere di legittimità su tutte le proposte di deliberazione di Giunta Comunale e Consiglio Comunale»* espresso dal Segretario Generale. Non si può non osservare come tale previsione costituisca un'eccezione nel panorama dei comuni italiani in quanto, di fatto, reintroduce una fase endoprocedimentale soppressa per legge (si veda a tale proposito l'art. 17, comma 85, della Legge 127/1997) al punto da porre qualche interrogativo sulla sua compatibilità con il principio del divieto di aggravamento del procedimento amministrativo di cui all'art. 1, comma 2, della Legge 241/1990. Resta fermo, però, che la conformità a legge del singolo provvedimento proposto resta ascritta al dirigente proponente il cui obbligatorio parere di regolarità tecnica (previsto dall'art. 49 del D.lgs. 267/2000) si sostanzia in una espressione di conformità alle regole normative e dunque anche a quelle di legittimità, rispetto al quale l'espressione del parere del Segretario Generale assolve lo scopo di offrire un ulteriore supporto consulenziale all'organo di governo, non potendosi tradurre in una ripetizione e verifica delle precedenti fasi istruttorie unicamente ascritte alla competenza e responsabilità della competente funzione dirigenziale»<sup>[13]</sup>.

La previsione in parola, tuttavia, non è da intendersi solo come mera funzione di garanzia, intesa nel rispetto della conformità degli atti a norma, ma deve piuttosto intendersi nella sua accezione più ampia, ovvero anche come funzione di progressivo e complessivo miglioramento della qualità dell'azione amministrativa.

Come si è detto, con riguardo ai controlli interni, *inter alia*<sup>[14]</sup>, il Segretario comunale partecipa all'organizzazione del sistema degli stessi (art. 147, c. 4), esercita sugli atti il controllo successivo di regolarità amministrativa, delle cui risultanze cura la trasmissione periodica agli organi previsti dalla norma (art. 147-*bis*).

La L. n. 190/2012, su altro fronte, stabilisce all'articolo 1, c. 7, che l'organo di indirizzo politico individua, di norma, nel Segretario comunale il Responsabile della prevenzione della corruzione per la prevenzione del Piano Triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza negli Enti locali<sup>[15]</sup>.

Posto che il controllo successivo risiede nel novero delle azioni a disposizione del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, previsto dalla L. n. 190/2012, non sfugge, quindi, il raccordo, attraverso la figura centrale del Segretario Generale, tra il controllo successivo di regolarità amministrativa e il Piano Anticorruzione e Trasparenza redatto a cura dello stesso Segretario comunale.

I controlli successivi sono, quindi, altresì «*finalizzati a prevenire i rischi di corruzione, così come previsto dalla legge n. 190/2012 a cui ha fatto seguito nello stesso anno, il Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.) e, a cascata, i diversi Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza (P.T.P.C.T.) approvati dalle singole pubbliche amministrazioni*»<sup>[16]</sup>.

La prevenzione della corruzione è un'azione legata al perseguimento del principio di «buona amministrazione», così come l'azione amministrativa svolta nel rispetto dei principi *ex* articolo 97 Cost. è un'attività di prevenzione della corruzione: in tal modo si manifesta più palesemente l'integrazione tra la funzione di anticorruzione e la necessità di un controllo successivo dei provvedimenti, in modo tale da verificare che essi siano conformi a norma.

#### **4. Analisi del controllo successivo di regolarità amministrativa**

Come già evidenziato in premessa, è opportuno qui rammentare che l'articolo 147-*bis*, al comma 2, prevede che il controllo di regolarità amministrativa e contabile debba essere assicurato anche nella fase successiva alla formazione dell'atto, in merito ai provvedimenti monocratici dei responsabili dei servizi. Il

fine principale di questa tipologia di controllo «è quello di ricondurre, per quanto possibile, nell'alveo della regolarità amministrativa l'attività provvedimentale dell'Ente mediante l'adozione di opportune azioni correttive»<sup>[17]</sup>.

Benché lo svolgimento della funzione del Segretario comunale, figura divenuta cardine a seguito riforma operata dal D.L. n. 174/2012, richieda un *background* tipicamente giuridico, il controllo successivo di regolarità amministrativa ispirandosi a «*principi della revisione aziendale*», si traduce nella verifica di molteplici aspetti di gestione, intesa come controllo di conformità di diversi principi generali, come la trasparenza amministrativa (con particolare riferimento all'adeguatezza della motivazione o alla correttezza amministrativa) o ancora al rispetto del principio di buona fede. Importante, inoltre, è la salvaguardia del principio generale della regolarità amministrativa, nelle sue diverse declinazioni in ordine:

- ai procedimenti di spesa e alle procedure di gara, con particolare riferimento al rispetto del principio di rotazione e al divieto di artificioso frazionamento dell'appalto;
- alla concessione di contributi e relativa rendicontazione;
- a convenzioni, contratti di lavoro ed altri atti analoghi;
- ai bandi/avvisi pubblici di procedure selettive/concorsuali per il reclutamento di personale;
- in ordine al rispetto dei tempi del procedimento.

In base al quadro normativo descritto, gli atti interessati da questa tipologia di controllo sono:

1. le determinazioni di impegno di spesa;
2. gli atti d'accertamento dell'entrata;
3. gli atti di liquidazione della spesa;
4. i contratti e altri atti amministrativi.

Inoltre, «*tra i compiti minori, c'è anche la verifica delle attestazioni dell'importo dei pagamenti relativi a transazioni effettuate dopo la scadenza dei termini*»<sup>[18]</sup>.

Come si evince dal dettato normativo, il riscontro concerne tutti gli atti e i

contratti (permessi di costruire, autorizzazioni amministrative, concessioni, ordinanze di sospensione e di demolizione, provvedimenti degli organi di circoscrizione) e non solo quelli aventi implicazioni finanziarie, perciò, con specifico riguardo alla formazione giuridica del Segretario comunale nella sua veste di coordinatore dell'attività in parola, la stessa appare non solo tutelata, ma quanto mai opportuna. Non sono invece oggetto di controllo le deliberazioni, poiché il Segretario interviene già in maniera diretta durante la fase di formazione dell'atto, partecipando alle riunioni dei Consigli e delle Giunte ed esplicitando, in quel momento, profili di illegittimità laddove ne ravvisasse.

Con riguardo all'ambito dei contratti, sul punto è necessario ricordare che il Segretario comunale, in base dell'articolo 97 T.U.E.L., è l'ufficiale rogante dell'Ente, pertanto esercita già *ex-ante* un controllo di legittimità sui contratti di cui l'Ente è parte. Tuttavia, il Legislatore ha previsto che il Segretario eserciti un controllo sui contratti sia ai sensi dell'articolo 97, che ai sensi dell'articolo 147-*bis*. L'interpretazione di tale duplice previsione porterebbe *«a restringere l'ambito oggettivo del controllo come (inevitabilmente) riferito ai soli contratti annotati nella «Raccolta degli atti privati» e rispetto ai quali il Segretario comunale non svolge alcun controllo a monte in quanto per essi non è previsto l'obbligo normativo di rogazione del contratto: ci si riferisce, in ispecie, ai contratti per le concessioni di loculi cimiteriali, ai contratti di lavoro subordinato, ai contratti di transazione, alle convenzioni tra Enti, solo per citare gli esempi più ricorrenti»*<sup>[19]</sup>.

Per ciascun atto esaminato è opportuno si compili una scheda (denominata di seguito scheda atto o scheda di analisi), che sintetizzi le risultanze della verifica effettuata sulla base di alcuni indicatori predeterminati e noti preventivamente agli uffici, i cui atti sono sottoposti a controllo. La scheda deve contenere una serie di indicatori omogenei validi per tutti gli atti amministrativi oggetto di controllo, volti a valutare la legittimità e la qualità dell'atto attraverso codici univoci di analisi e valutazione<sup>[20]</sup>.

Al comma 2 dell'articolo 147-*bis* si prevede, poi, che gli atti sottoposti a controllo siano scelti in maniera casuale, attraverso opportune tecniche di campionamento. Va precisato che la selezione casuale deve essere assicurata per tramite di estrazione casuale e informatizzata degli atti, mentre le motivate tecniche di campionamento *«attengono alla tipologia di provvedimenti o atti rispetto ai quali effettuare il controllo, poiché non si può prescindere dalla preliminare mappatura*



*dei processi a rischio corruttivo: appalti, concessione di contributi, procedure concorsuali, contratti di lavoro, attività di pianificazione e governo del territorio»<sup>[21]</sup>.*

La tecnica di campionamento quindi «*dev'essere, oltreché motivata, significativa, avuto riguardo alla natura dei documenti da esaminare ed alla capacità degli stessi di registrare, con ragionevole attendibilità, i fenomeni più rilevanti della gestione»<sup>[22]</sup>.*

Tali tecniche, che riguardano la tipologia di provvedimenti da sottoporre a controllo, «*non possono prescindere dalla preliminare mappatura dei processi a rischio di corruzione, così come elaborata a livello di ciascun Ente. La casualità della selezione, così come anche le tecniche di campionamento utilizzate, dovranno essere coerenti con gli ambiti provvedimentali maggiormente esposti al rischio di corruzione: appalti, concessione di contributi, procedure concorsuali, contratti di lavoro, attività di pianificazione e governo del territorio, solo per citare alcuni tra i più rilevanti esempi»<sup>[23]</sup>.*

Tuttavia risulta difficile disciplinare *ab ovo*, e quindi già a livello regolamentare, le modalità e i criteri con cui dovranno essere scelti gli atti da sottoporre a verifica, poiché, ad esempio, scegliere di sottoporre a controllo una percentuale fissa di determinazioni non risponde al criterio del “motivato campionamento”. Molto più confacente a tale finalità, risulta, invece, l’individuazione di modalità e criteri all’interno di un piano approvato annualmente, con cui si programmano le attività di controllo<sup>[24]</sup>.

La Corte dei conti sez. Marche con deliberazione n. 64/2010 ha ritenuto che la tecnica di campionamento dev’essere non solo motivata, ma anche significativa, avuto riguardo alla natura dei documenti da esaminare e alla capacità degli stessi di registrare, con ragionevole attendibilità, i fenomeni più rilevanti della gestione<sup>[25]</sup>. Infatti, «*il primo elemento da tenere in considerazione nell’individuazione della tecnica da utilizzare è proprio la motivazione per cui si sceglie il modo di individuazione del campione precisando, a priori, cosa ci si attende dal campione così individuato al fine di valutare il rischio di revisione in generale e in particolare il rischio di campionamento connesso a quella scelta al fine di verificarne l’accettabilità»<sup>[26]</sup>.*

In applicazione alla giurisprudenza della Corte si può affermare che, nello stabilire i criteri per la scelta delle tipologie di atti da sottoporre a verifica, dovrà

essere operata una scelta tra le determinazioni di impegno (ad esempio, si dovrebbe controllare una maggior percentuale di procedure negoziate rispetto alle procedure aperte) e alcuni atti dovrebbero comunque essere sottoposti a controllo al fine di registrare i fenomeni più rilevanti della gestione (come quelli di importo più rilevante).

A titolo meramente esemplificativo, sono elencate qui di seguito alcune tecniche di campionamento <sup>[27]</sup> :

- estrazione casuale di una percentuale di provvedimenti adottati nel periodo di riferimento;
- estrazione o predeterminazione da parte del Segretario di una percentuale di provvedimenti che hanno ad oggetto impegni di spesa di un certo valore predeterminato <sup>[28]</sup>;
- estrazione o predeterminazione da parte del Segretario di una percentuale di provvedimento o di atti autorizzativi o concessori che consentono entrate per l'Ente di valore predeterminato;
- estrazione o predeterminazione da parte del Segretario di una percentuale di provvedimenti o degli atti di concessione o erogazione di contributi, ausili, sussidi che comportino la corresponsione degli stessi in misura di un valore predeterminato.

Queste modalità costituiscono, peraltro, un deterrente allo sviluppo di eventuali comportamenti opportunistici da parte dei dipendenti dell'Ente addetti alla redazione degli atti: in questo modo, infatti, gli stessi hanno consapevolezza che i loro provvedimenti potrebbero essere potenzialmente sottoposti a controllo in qualsiasi momento <sup>[29]</sup>. Questa necessità ben si comprende dall'analisi del disposto normativo, da cui si evince la necessità di adottare un sistema di campionatura *«in grado di garantire un controllo successivo efficace e di individuare puntualmente i soggetti in grado di adottare tecniche “ motivate ” di campionamento e di seguire correttamente i principi della revisione. In questo senso sarà possibile dare alla norma un contenuto non meramente formale, ma una sua concreta applicazione, rispettandone il principio ispiratore»* <sup>[30]</sup>.

Al fine di poter correttamente impostare l'attività di controllo, la metodologia seguita dovrebbe inoltre utile disporre di metodi di campionamento affidabili,

fondati su criteri statistici; al riguardo si può fare riferimento all'attività indirizzata nel documento n. 2 del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (di seguito CNDCEC) del novembre 2011, in cui viene disciplinato il loro utilizzo. Inoltre, secondo quanto meglio specificato nel documento denominato «Principi di vigilanza e controllo dell'Organo di revisione degli Enti locali»<sup>(31)</sup>, le tecniche di campionamento devono garantire che i campioni individuati siano qualitativamente e quantitativamente rappresentativi e significativi. I metodi appropriati, in base al citato documento, per selezionare le voci da sottoporre a verifica e raccogliere gli elementi probativi sono i seguenti:

- il campionamento statistico;
- la selezione di tutte le voci analizzando così il 100% del campione (selezione integrale, particolarmente utile quando l'universo di riferimento si compone di un numero esiguo di provvedimenti da esaminare);
- la selezione di voci specifiche (campionamento soggettivo o ragionato), che presuppone la decisione dell'Organo di revisione di selezionare alcune voci specifiche. Ciò implica l'esercizio del giudizio del revisore nello stabilire gli elementi da selezionare, la dimensione del campione e l'affidabilità della popolazione in base ai risultati del campione esaminato.

Proseguendo con l'analisi della norma, si evince dalla stessa come i controlli successivi debbano essere assicurati secondo principi di revisione aziendale, cioè che il controllo esercitato sui singoli atti debba riguardare non solo la legittimità, ma anche l'economicità dell'operazione nel suo complesso e a cui l'atto fa riferimento nonché le relative modalità gestionali. I «principi di revisione aziendale» si innestano quasi come un corpo estraneo nel tessuto normativo degli Enti locali. Nonostante le riforme degli anni Novanta abbiano, infatti, dato impulso alla privatizzazione e aziendalizzazione della Pubblica Amministrazione, tali principi rimangono ancora oggi una disciplina consolidata nel settore privato, in quanto rispondenti a logiche e finalità di natura economica e contabile, ma difficilmente coniugabili con la natura amministrativa dei controlli successivi nella Pubblica Amministrazione. I principi di matrice contabile non integrano

propriamente la finalità del controllo successivo di regolarità amministrativa, in quanto lo stesso risulta concentrato alla sola regolarità amministrativa e non anche contabile delle determinazioni, dei contratti e degli atti sottoposti a controllo. La differenza risiede anche nei diversi interessi in gioco a cui l'ordinamento vuole dare tutela: nel settore privato ci si orienta alla tutela dell'affidamento nei confronti della platea dei soggetti terzi fruitori delle informazioni contenute nel bilancio d'esercizio di matrice civilistica, nel settore pubblico si ha la volontà di tutelare la legittimità e l'opportunità degli atti della Pubblica Amministrazione<sup>[32]</sup>.

Il richiamo ai «principi di revisione aziendale», contenuti nel richiamato documento, sembrerebbe poter rimandare ai principi di revisione italiani approvati dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (di seguito CONSOB) con Deliberazione del 4 febbraio 2015, n. 19113, con cui entrano in vigore i principi di revisione internazionali (ISA Italia) e il principio internazionale sul controllo della qualità (ISQC1 Italia), abrogando così tutte le altre comunicazioni e deliberazioni adottate precedentemente dalla CONSOB. Il Segretario comunale, nel refertare gli atti sottoposti a controllo, potrebbe, quindi, mutuare le «tipologie di giudizio» coniate dal CNDCEC in applicazione del principio di revisione 002<sup>[33]</sup> e apportandovi le necessarie variazioni, (sostituendo, ad esempio, il riferimento al bilancio con quello alla «determinazione», «contratto» oppure «atto», oggetto di controllo)<sup>[34]</sup>. Ai fini dell'espressione del giudizio, conclusivamente si potrebbe far riferimento alla graduazione ivi contenuta ovvero:

1. giudizio senza rilievi o positivo;
2. giudizio con rilievi;
3. giudizio negativo;
4. dichiarazione di impossibilità di esprimere il giudizio.

Se la modalità di scelta degli atti deve basarsi sul principio casuale da effettuarsi mediante criteri statistici, le modalità operative del controllo potranno essere decise nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'Ente, tenendo presente che *«il fine principale del controllo successivo di regolarità amministrativa è quello di ricondurre, per quanto possibile, nell'alveo della regolarità amministrativa*

*l'attività provvedimentale dell'Ente mediante l'adozione di opportune azioni correttive»<sup>[35]</sup> .*

Ed è per questo che, in un processo virtuoso, che mira a correggere e prevenire vizi di legittimità nel prossimo futuro, la fase della comunicazione e dell'invio delle risultanze del controllo risulta particolarmente proficua perché, oltre al Consiglio comunale e ai Revisori dei conti, l'esito è inviato altresì agli organi di valutazione dei risultati dei dipendenti<sup>[36]</sup> . Infatti, il terzo comma dell'articolo 147-*bis* prevede che i risultati emersi dall'attività del controllo debbano essere trasmesse periodicamente, a cura del Segretario, a una serie di soggetti qualificati, quali:

- i responsabili dei servizi, unitamente alle direttive cui conformarsi in caso di irregolarità, anomalie e criticità;
- i Revisori dei conti;
- il Consiglio comunale;
- gli organi di valutazione dei risultati dei dipendenti, come documenti utili per la valutazione.

L'individuazione di ulteriori destinatari degli esiti, oltre che la modalità con cui deve essere svolta la comunicazione dei risultati dovrà formare oggetto di disciplina all'interno del Regolamento comunale sui controlli interni. La periodicità dei *report* elaborati da chi opera il controllo varia a seconda dei soggetti cui sono destinati: i responsabili dei servizi necessiterebbero di conoscere gli esiti con maggior tempestività e frequenza per poter incidere già *in itinere* sulle prassi amministrative eventualmente non corrette.

Come si è detto, nel caso in cui il controllo ravvisi irregolarità, le stesse devono essere trasmesse ai responsabili dei servizi unitamente alle necessarie e conseguenti direttive che recepiscono le osservazioni formulate dall'organo controllante. Queste direttive cui i dirigenti/responsabili dei servizi devono conformarsi in caso di riscontrate irregolarità si sostanziano in pareri non vincolanti, con cui il Segretario propone un'ipotesi di soluzione, che fa particolare riferimento all'esercizio del potere di autotutela. Infatti, secondo la norma e la giurisprudenza *«per valutare gli esiti del controllo è fondamentale conoscere se, in caso di riscontrate anomalie, siano state trasmesse ai responsabili dei servizi le necessarie*

*direttive cui conformarsi, direttive che recepiscono le osservazioni formulate dall'organo di controllo. Il mancato adeguamento alle risultanze del controllo rischia di vanificare l'attività autocorrettiva, nonostante la funzione di sovrintendere all'attività della dirigenza affidata al Segretario»<sup>[37]</sup>.*

Un aspetto non di secondaria importanza riguarda l'effettiva cogenza delle direttive in parola, emanate ex art. 147-bis comma 3, poiché tale norma consente al Segretario di impartire appunto direttive, ma non di disporre l'annullamento. Il dettato normativo, infatti, da un lato, introduce l'ampio concetto di «irregolarità», piuttosto che di «illegittimità» o, più in generale, di «violazione» e, dall'altro, attribuisce al Segretario comunale il potere di direttiva a cui i dirigenti hanno l'obbligo di conformarsi. «L'obbligo di conformazione ricadente sui dirigenti sembrerebbe valorizzare l'azione di controllo del Segretario comunale, seppure nella considerazione dei limiti oggettivi che contraddistinguono questa particolare categoria di controlli che, in quanto «successivi», devono misurarsi con gli effetti già posti in essere dal provvedimento viziato, con le situazioni giuridiche soggettive cristallizzatesi dopo la sua adozione, con la salvaguardia del principio di affidamento e di buona fede posto a presidio dei diritti, degli interessi o, più semplicemente, delle aspettative dei terzi»<sup>[38]</sup>.

Proprio per questo motivo, l'interlocuzione continuativa del Segretario con i Dirigenti, che hanno adottato gli atti, acquisisce un'importanza fondamentale, perché la stessa si pone a presidio di quella finalità di autocorrezione dell'azione amministrativa che è sottesa al controllo. Un secondo aspetto, inoltre, che depone alla necessità di conformazione attiene al rispetto della funzione di sovrintendere all'attività della dirigenza affidata al Segretario, in particolare nelle realtà comunali laddove non è presente il Direttore generale.

La deliberazione n. 104/1995 della Corte dei conti<sup>[39]</sup> prevede che le direttive debbano avere il carattere:

- della generalità, in modo da escludere che possano riguardare affari singoli ed episodici;
- della tempestività, in quanto devono consistere nella previa e contestuale determinazione degli indirizzi unitari riguardanti l'attività amministrativa;
- della forma scritta, poiché non possono essere impartite per le vie brevi.

Le direttive possono essere generali o particolari, per la correzione delle irregolarità emerse: le direttive generali riguardano determinate categorie di atti sottoposti a controllo, mentre le direttive particolari riguardano specifiche irregolarità riscontrate nell'ambito dell'esame di un particolare atto. Le direttive forniscono un riscontro diretto ai dirigenti e ai responsabili dei servizi in merito all'attività di controllo, in modo tale da rimuovere le criticità, risolvere eventuali dubbi e migliorare l'attività amministrativa. Con questo *feedback* è infatti possibile trarre suggerimenti e indicazioni operative utili per i futuri provvedimenti e, nei casi più gravi, possono condurre alla modifica, all'integrazione o alla rimozione dell'atto, esercitando il principio di autotutela amministrativa. L'attività è volta a prevenire e correggere vizi di legittimità futuri producendo informazioni che attiveranno poi un circolo virtuoso, favorendo così il superamento di controlli meramente formali.

Ciò dimostra come il controllo non sia un mero adempimento, bensì un controllo collaborativo, che si concretizza nella formulazione di raccomandazioni e pareri<sup>[40]</sup>. Come si è già visto, questo prevede anche una costante interlocuzione con i vari organi dell'amministrazione attraverso la formulazione di raccomandazioni e pareri. Infatti, l'interlocuzione con i diversi organi è importante per non reiterare le irregolarità degli atti o per correggerle laddove si palesino: questo stimola un'azione energica tra chi effettua il controllo e i responsabili degli uffici, volta anche a migliorare la qualità dei procedimenti e tutelare al meglio l'interesse pubblico<sup>[41]</sup>.

## **5. La *digital transformation* del controllo successivo di regolarità amministrativa**

Allo stato, nella maggior parte delle PP.AA. italiane, il processo d'attuazione del controllo successivo di regolarità amministrativa si sviluppa su un doppio binario cartaceo-digitale: non è possibile, quindi, asserire di essere di fronte ad un processo totalmente analogico (perché è comunque prevista l'esistenza di documenti in formato digitale, come ad esempio le schede di analisi di ciascun atto e/o un file di riepilogo dei rilievi evidenziati), ma neppure si può dire che il flusso sia dematerializzato completamente e, ancor meno, digitalizzato.

L'intero processo potrebbe essere adeguato alla *digital transformation*, poiché la

digitalizzazione migliora l'efficienza complessiva e l'efficacia dell'azione amministrativa, supportando altresì la gestione e l'organizzazione di grandi processi e set di dati. Nella prospettiva di implementare strumenti sempre più efficaci in relazione agli obiettivi perseguiti in materia di controlli successivi è possibile pensare alla creazione di una piattaforma apposita, al fine di addivenire ad una completa dematerializzazione e alla progressiva digitalizzazione della procedura di controllo. Inoltre, il flusso informativo necessario all'espletamento dei controlli, potrebbe trovare giovamento dall'instaurazione di una piattaforma digitale integrata offrendo un apporto importante nell'ambito complessivo dei controlli interni. Attraverso il supporto digitale le informazioni, afferenti tutte al medesimo Ente, le diverse tipologie di controllo riuscirebbero a integrarsi meglio, ottimizzando i dati già acquisiti, evitando duplicazioni nelle richieste documentali e consentendo, altresì, un notevole risparmio di tempo e di spazio, poiché l'archivio sarebbe dematerializzato, consentendo così una svolta *green*.

Una futura totale digitalizzazione dei controlli successivi non potrà mai prescindere, però, dall'apporto umano: nonostante il supporto fornito dalle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (di seguito TIC) e magari in futuro anche dall'Intelligenza Artificiale, nella gestione ed elaborazione di dati e informazioni, non si potranno mai sostituire le competenze e l'esperienza del funzionario amministrativo nell'espletamento del controllo successivo di regolarità amministrativa. Questo perché da un lato «*l'imputabilità giuridica dell'errore (e della decisione stessa) dovrà sempre riferirsi all'essere umano titolare dell'organo competente*»<sup>[42]</sup>, dall'altro l'esperienza del funzionario nella valutazione e nell'esame degli atti difficilmente potrà essere rimpiazzata da decisioni automatizzate o dal *machine learning*<sup>[43]</sup>.

Tuttavia, per poter digitalizzare il procedimento, è necessario ripensarlo, poiché alcuni passaggi devono raffrontarsi con metodologie "agili", che non richiedono più la rigida sequenzialità e suddivisione del procedimento amministrativo classico bensì promuovono la semplificazione «*mantenendo i principi di garanzia nei confronti dei cittadini, istituendo procedure che possano pienamente sfruttare le nuove tecnologie rendendo così l'agire amministrativo più «user friendly» e snello, adatto ai nuovi tempi*»<sup>[44]</sup>.

Per progettare la realizzazione di una piattaforma digitale potrebbe risultare necessario scomporre il flusso del controllo ad esempio in quattro sotto-processi,



rispondenti a diverse funzionalità principali, al fine di impostare alcune priorità. Nella fattispecie, i sotto-processi potrebbero essere:

1. l'estrazione casuale;
2. la gestione dei documenti in *input* al processo;
3. il processo di valutazione, ovvero il cuore del controllo;
4. la generazione degli *output*.

La gestione dei documenti in *input* al processo attiene alla necessità di reperire gli atti e i documenti propri dei procedimenti adottati durante l'anno da sottoporre a controllo. Questa fase corrisponde all'estrazione dei documenti dalle cartelle condivise e da fonti esterne e comporta l'interazione con altri gruppi di lavoro documentali. Successivamente, espletando i controlli tramite una piattaforma informatica, questi possano essere ivi conservati, pertanto per gli anni successivi si potrebbe integrare l'*import* ri-estraendo i documenti già insiti nella piattaforma; oppure si potrebbe integrare l'*export* dalle altre fonti documentali. Si potrebbe pensare che in un futuro gli atti leggibili meccanicamente<sup>[45]</sup> siano tutti integrati in un unico *database* in modo tale da amplificare il valore del patrimonio informativo della P.A. e ottimizzare lo scambio dei dati tra le diverse aree afferenti agli Enti, incrociandoli tra loro. Infatti, si potrebbe anche pensare di interrogare gli uffici coinvolti dal controllo direttamente sulla piattaforma, così da avere sia le deduzioni che le controdeduzioni relative all'atto, avendo contezza dei risultati che ne scaturiscono. Questo permetterebbe di non disperdere le informazioni e avviare all'informalità delle telefonate o dello scambio di informazioni tramite mail.

In merito all'estrazione casuale, questa è una *feature* del punto *sub b)* perciò una volta digitalizzato l'*import* o derivato negli anni successivi dalla piattaforma, è possibile estrarre i documenti in modo digitalizzato.

Il punto *sub c)* prevede che ogni atto venga valutato in base agli indicatori, realizzando la relativa scheda atto. Per digitalizzare la scheda atto redatta, ad esempio come documento Excel, occorre costruire un analogo modello di destinazione in pura modalità digitale, che dovrà essere compilato direttamente sulla piattaforma, come se fosse un form *online*<sup>[46]</sup>.

In questo modo, il documento elettronico viene immesso nei processi

informativi, i dati ivi contenuti sono condivisibili in automatico ed elaborabili. La gestione dell'informazione è più rapida – quasi immediata – e la procedura appare razionalizzata, sia a livello interno dell'Unità, nella comunicazione tra i funzionari preposti ai controlli, sia a livello esterno, dunque verso gli uffici cui il controllo si riferisce. Infatti, l'obiettivo è che le risultanze dei controlli appaiano direttamente visibili a tutti i funzionari che si occupano del controllo successivo, l'informazione può essere modificata da chiunque ne abbia accesso con idonea profilazione e possa modificarla senza dover trasmettere il file con altri canali e senza, quindi, il rischio di disperdere i dati. Inoltre, ne beneficerebbe la comunicazione con i soggetti esterni al controllo avendo interlocuzioni più mirate all'oggetto. Il controllo diventerebbe così interoperabile<sup>1471</sup> e interconnesso, consentendo altresì una comunicazione più automatica: infatti, è importante per gli uffici preposti al controllo selezionare gli atti in base ad alcuni filtri, magari per individuare tutti i controlli che hanno avuto come esito "no" in almeno due indicatori per porre in essere le azioni correttive necessarie. Tali azioni correttive devono essere tempestive per portare un miglioramento nella qualità dell'atto: attraverso le interfacce pubbliche e aperte della piattaforma è possibile reperire tutte le informazioni necessarie, farle circolare all'interno dell'Ente e consentire una comunicazione immediata.

Per la generazione degli *output*, il punto *sub d*), la digitalizzazione non può purtroppo inglobare tutto il processo, in quanto in alcuni casi gli output stessi dipendono da agenti esterni all'amministrazione e in altri implicano un'analisi e un'applicazione di giudizio. Per quanto riguarda, ad esempio, il questionario annuale della Corte dei conti, inviato agli Enti Locali ai sensi dell'articolo 148 T.U.E.L., la piattaforma potrebbe facilitarne compilazione. Con riferimento all'ultimo modello di questionario adottato dalla Corte dei conti, è possibile notare come la domanda 2.6, consistente nella comunicazione del numero di irregolarità rilevate e del numero di irregolarità sanate, richieda un mero conteggio degli atti esaminati. Dal momento che il numero degli atti potrebbe essere numerato dalla piattaforma, il numero delle irregolarità rilevate si evincerebbe attraverso un filtro che opportunamente applicato, potrebbe contare gli indicatori della scheda atto valorizzati a «no» sommati agli indicatori «insufficienti» contenuti in tutte le schede atto compilate. Il resoconto diventerebbe più immediato e la procedura automatizzata consente di ridurre

l'errore umano.

Al contrario, per gli altri tipi di *output* tra cui le direttive che devono essere inviate dal Segretario e la compilazione dei referti semestrali, la piattaforma potrebbe fornire solo un ausilio operativo al flusso ordinato di informazioni perché questo tipo di redazione, come si è visto, non è un'attività fissa o preimpostata e non è digitalizzabile perché necessita dell'apporto professionale del funzionario.

L'insieme dei dati contenuti nelle schede di analisi, riguardanti atti omogenei per tipologia e Unità Organizzativa di provenienza, fornirà gli elementi per la compilazione del referto finale e per l'elaborazione delle linee guida finalizzate al miglioramento dell'attività amministrativa delle aree interessate e, di conseguenza, dell'Ente. Gli atti ricevuti saranno resi disponibili anche alle altre Unità Organizzative che intervengono nel sistema dei controlli, nella perseguita prospettiva di garantire la sinergia tra tutte le tipologie di controlli previsti dall'Ente.

Alla luce di quanto sopra esposto, all'atto della redazione del referto finale e inviato ai responsabili delle varie aree interessate, al Consiglio comunale, al Sindaco, alla Giunta, al Collegio dei Revisori dei Conti, al Direttore Generale e all'Organismo Indipendente di Valutazione, il Segretario potrà essere supportato dalla piattaforma e, sulla base dei dati agilmente rinvenibili in essa, laddove ravvisi eventuali lacune negli atti può darne una spiegazione generale e utile trasversalmente a tutte le aree comunali. Se ad esempio si dovessero manifestare reiterate criticità nell'ambito di una o più tipologie di procedimento, il Segretario potrebbe decidere di organizzare iniziative formative in proposito oppure realizzare un *vademecum* per la redazione di tali atti.

## **6. I vantaggi derivanti dalla *digital transformation***

Si può dunque ritenere che la digitalizzazione del controllo successivo di regolarità amministrativa, potrebbe portare diversi benefici: innanzitutto il processo sarebbe integralmente dematerializzato, ovviando al persistere del doppio binario cartaceo-digitale. Ne trarrebbe altresì giovamento la gestione dell'archivio nelle singole aree cui l'atto di riferisce, poiché ci si adeguerebbe interamente al supporto digitale, evitando l'utilizzo di faldoni e risparmiando spazio fisico e costi di stampa. A ciò sono però connessi altri vantaggi, ad esempio

l'impatto ambientale connesso alla dematerializzazione. Infatti, si ridurrebbe l'utilizzo dei documenti cartacei, ovvero di tutti quei moduli e pratiche che hanno un costo ambientale non indifferente<sup>[48]</sup>.

In un'ottica più pragmatica, il vantaggio risulta connesso anche al risparmio di tempo: qualora si dovesse ricercare l'esito di un controllo, la ricerca sarebbe più immediata, perché inserendo le parole chiave si troverebbe lo storico del processo, l'esito del controllo, l'autore e la data in cui è stata redatta la scheda-atto.

La digitalizzazione implica ovviamente anche dei costi, «*connessi a quell'attività di dematerializzazione dei documenti amministrativi - intesa come vero e proprio passaggio dal documento cartaceo al documento digitale, inteso come file pdf indicizzabile - che rappresenta il necessario presupposto dell'automazione dei processi. Così come è costosa la predisposizione di quelle condizioni generali di interoperabilità delle soluzioni individuate all'interno delle singole Pubbliche Amministrazioni a cui, non a caso, fa espresso riferimento il CAD italiano. A ciò si aggiungono, ovviamente, anche i costi collegati all'eventuale processo di riorganizzazione/ristrutturazione degli uffici amministrativi che si dovesse rendere necessario in un «ambiente amministrativo» automatizzato*»<sup>[49]</sup>.

Quanto, invece, al versante dei vantaggi per il capitale umano, si evince che *in primis* si potrebbe ridurre il margine fisiologico di errore (ad esempio nel conteggio delle irregolarità ai fini della redazione del questionario della Corte dei conti).

In secondo luogo l'espletamento del controllo tramite piattaforma digitale potrebbe favorire la positiva finalizzazione di sinergie di confronto e di collaborazione tra gli uffici, volti a conseguire una maggiore conoscenza complessiva dell'*iter* procedimentale. Inoltre, la pratica digitale consente di automatizzare i servizi, razionalizzando i tempi e i costi di gestione: infatti, digitalizzando i processi si otterrebbe una migliore collaborazione da parte degli uffici coinvolti nel controllo, perché l'interlocuzione sarebbe più mirata.

L'interlocuzione è, infatti, importante non solo perché è prevista dalla norma anche per una serie di ulteriori ragioni, tra cui: non reiterare le irregolarità, correggere i profili più problematici e , risolvere dei dubbi. Attraverso l'interlocuzione si potrebbero chiarire alcuni aspetti che risultano poco chiari in ordine ad una presunta irregolarità.

La digitalizzazione potrebbe aiutare i funzionari a non percepire il controllo come

un semplice adempimento, ma come uno strumento che agevola l'attività. Spesso le richieste documentali o le richieste di chiarimenti vengono percepite come un ostacolo all'attività: digitalizzando il processo il funzionario dell'area sottoposta al controllo avrebbe immediatamente contezza di ciò che gli viene richiesto, avrebbe dunque una maggiore consapevolezza di tutto quanto si riveli necessario per un miglioramento in termini di efficienza, economicità ed efficacia, riducendo l'impatto che il controllo comporta. La digitalizzazione può intervenire nel processo, aiutando i funzionari e razionalizzando le procedure e le tempistiche, ma ciò che servirebbe realmente dovrebbe essere un cambiamento di percezione del controllo, non intendendosi come un mero adempimento.

Appare necessario correlare maggiormente il controllo successivo di regolarità amministrativa e le altre tipologie di controlli interni, al fine garantire un costante incremento dell'efficacia del controllo interno nell'Ente locale. Infatti, le risultanze del controllo successivo devono essere inviate ad una serie di soggetti, tra cui l'Organismo Indipendente di Valutazione che potrebbe utilizzare tali risultanze come documenti utili per la valutazione dei dipendenti, incidendo sulla *performance* sia organizzativa che individuale. Inoltre, il controllo successivo risulta particolarmente interrelato anche con il controllo di gestione, tanto che la domanda 2.5 del questionario della Corte dei conti riporta il seguente quesito, ovvero se «*gli esiti del controllo di gestione effettuato nell'anno precedente hanno concorso alla individuazione dei settori di attività dell'Ente da sottoporre al controllo successivo?*».

La creazione di una piattaforma dei controlli successivi dovrebbe essere intesa come l'inizio di un processo più ampio, volto ad addivenire ad una completa digitalizzazione dei controlli interni, supportati da un'unica piattaforma che consenta di espletare le procedure, permettendo la piena circolarità delle informazioni. In questo modo, i vari controlli dovrebbero divenire parte integrante dell'aspetto informativo gestionale dell'Ente, assumendo i connotati di circolarità e linearità rispetto alle dimensioni che gli stessi devono misurare. Se si assume una visione circolare dei controlli interni, gli stessi possono avere una significatività esistenziale e rappresentare uno strumento di guida per la conduzione gestionale dell'Ente. Viceversa, l'assenza di tale visione rende il controllo un mero adempimento, poco utile all'accrescimento della consapevolezza dell'andamento gestionale.

I processi di digitalizzazione, e quindi anche quello volto alla digitalizzazione del controllo successivo di regolarità amministrativa, nonché di tutti i controlli interni della P.A., servono «*per aumentare la qualità e i tipi di servizi offerti, per migliorare la rapidità, servono [altresì] per allargare i tipi di azione che la Pubblica Amministrazione può adottare, per favorire la partecipazione del cittadino e la sua capacità di controllo e tutto questo con le stesse risorse sia umane che finanziarie: cioè il risparmio non è un risparmio di costi, ma il risultato con riferimento ai servizi erogati dalla Pubblica Amministrazione*»<sup>[9]</sup>.

L'architettura descritta, pertanto, non deve essere concepita con sterile autoreferenzialità, ma come rispondente alla finalità principale di migliorare l'azione amministrativa generale a vantaggio del cittadino.

1. G. Berti, L. Tumiatei, *Enc. Dir.*, X, pagg. 298 ss., Giuffrè Editore, 1962.
2. AA.VV., *Enciclopedia Garzanti del Diritto*, Garzanti, 2009.
3. G. Astegiano, *L'evoluzione del sistema dei controlli negli Enti locali*, in G. Astegiano, C. D'Aries, E. Padovani, *Il nuovo sistema dei controlli interni, dall'obbligo normativo ad un'impostazione manageriale della Pubblica Amministrazione*, Wolters Kluwer Italia s.r.l., 2014.
4. S. Galeotti, *Controlli costituzionali*, in *Enc. Dir.*, pagg. 319 ss., Giuffrè Editore, 1962.
5. Il comma 1 dell'articolo 147-bis dispone: «*il controllo di regolarità amministrativa e contabile è assicurato, nella fase preventiva della formazione dell'atto, da ogni responsabile di servizio ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità tecnica attestante la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa. Il controllo contabile è effettuato dal responsabile del servizio finanziario ed è esercitato attraverso il rilascio del parere di regolarità contabile e del visto attestante la copertura finanziaria*».
6. R. Lombardi, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Giuffrè Editore, 2003.
7. Corte dei conti, sez. giur. Toscana, 25 marzo 2010, n. 114, in *Riv. Corte Conti*, fasc. 2, n. 137, 2010.
8. L'articolo 17, c. 85 della L. n. 127/1997 prevedeva di sopprimere le parole «*nonché del Segretario comunale o provinciale sotto il profilo di legittimità*» dall'articolo 53, c. 1, della L. n. 142/1990, che disponeva «*Su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla Giunta ed al Consiglio deve essere richiesto il parere, in ordine alla sola regolarità tecnica e contabile, rispettivamente del responsabile del servizio interessato e del responsabile di ragioneria, nonché del segretario comunale o provinciale sotto il profilo di legittimità. I pareri sono inseriti nella deliberazione*».
9. L. 30 luglio 2010, n. 122, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante «*misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*».
10. L'articolo 99 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 prevede: «*Il sindaco e il presidente della*

## CERIDAP

*provincia nominano il segretario, che dipende funzionalmente dal capo dell'amministrazione, scegliendolo tra gli iscritti all'albo di cui all'articolo 98. Salvo quanto disposto dall'articolo 100, la nomina ha durata corrispondente a quella del mandato del sindaco o del presidente della provincia che lo ha nominato. Il segretario cessa automaticamente dall'incarico con la cessazione del mandato del sindaco e del presidente della provincia, continuando ad esercitare le funzioni sino alla nomina del nuovo segretario. La nomina è disposta non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data di insediamento del sindaco e del presidente della provincia, decorsi i quali il segretario è confermato».*

11. Il Regolamento sul sistema dei controlli interni è stato approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 7 dell'11 febbraio 2013
12. L'articolo 79 (Segretario Generale e rapporti con i Dirigenti) dello Statuto del Comune di Milano prevede: *«Il Segretario Generale, nel rispetto delle direttive impartitegli dal Sindaco, da cui dipende funzionalmente, sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività; cura l'attuazione dei provvedimenti; verifica l'istruttoria delle deliberazioni; partecipa alle riunioni della Giunta e del Consiglio esprimendo, su richiesta del Sindaco o del Presidente del Consiglio comunale, pareri motivati. Il Segretario Generale è coadiuvato da uno o più Vicesegretari Generali fra i quali il più anziano di nomina - o, nel caso di indisponibilità di questi, quello che segue come anzianità - esercita le funzioni vicarie, sostituendolo nei casi di assenza o impedimento. Il Regolamento di organizzazione disciplina l'ufficio del Segretario Generale e l'attività di coordinamento del Segretario e dei dirigenti, distinguendone le responsabilità».*
13. Controllo successivo di regolarità amministrativa sugli atti e sui procedimenti. Piano anno 2019. Referto ai sensi dell'art. 5, comma 3 del Regolamento sul sistema dei controlli interni del Comune di Milano (PG 209502 del 12 giugno 2020).
14. Le sue funzioni non si esauriscono qui, perché inoltre: elabora rapporti periodici, attraverso l'Unità preposta al controllo strategico (posta sotto la sua direzione, laddove non sia previsto il direttore generale), da sottoporre all'organo esecutivo e al Consiglio per la successiva predisposizione di deliberazioni consiliari di ricognizione dei programmi, secondo modalità definite dal Regolamento di contabilità, in base a quanto previsto dallo Statuto (art. 147-ter, c. 2); è coinvolto attivamente nel controllo sugli equilibri finanziari (art. 147-quinquies); nei Comuni con oltre 15.000 abitanti, il Sindaco, avvalendosi del direttore generale, ove previsto, o del Segretario negli Enti in cui non è previsto il direttore, trasmette semestralmente alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti e al Presidente del Consiglio comunale un referto sulla regolarità della gestione e sull'efficacia e adeguatezza del sistema dei controlli interni adottato (art. 148); predispone la relazione di inizio e di fine mandato (art. 1-bis L. n. 213/2012).
15. F. Pellicci, *Le funzioni e i servizi di amministrazione generale*, in *Guida normativa per l'amministrazione locale*, 2017.
16. R. Rizzi, *I controlli successivi di regolarità amministrativa*, in *Altalex.it*, 24 agosto 2018.
17. R. Rizzi, *cit.*

## CERIDAP

18. Corte dei conti, Sezione delle autonomie, Delibera n. 23/SEZAUT/2019/FRG, I controlli interni degli Enti locali. Analisi del sistema dei controlli interni degli Enti locali, 16 agosto 2019.
19. R. Rizzi, *cit.*
20. Nel caso del Comune di Milano, per quanto riguarda la legittimità, la scheda di analisi individua indicatori volti a valutare se l'atto è conforme alle disposizioni normative e regolamentari, alle norme sulla trasparenza e sulla privacy. In merito, invece, alla qualità dell'atto e alla sua idoneità al perseguimento del proprio fine amministrativo, la valutazione viene effettuata in relazione alla qualità della motivazione e alla coerenza e corretta collazione e conservazione dell'atto.
21. R. Rizzi, *cit.*
22. Corte dei conti, sezione Giurisdizionale per la Regione Marche, n. 64 del 18 marzo 2010.
23. R. Rizzi, *cit.*
24. A titolo esemplificativo, si rimanda al link qui di seguito indicato per la lettura del Piano Attività 2020 del Comune di Milano, elaborato dal Segretario Generale e approvato dalla Cabina di Regia:  
<https://www.comune.milano.it/documents/20126/982322/Piano+controlli+2020+-+aprovato+28+gen+2020+cabina+di+regia+%281%29.pdf/1aa225cc-1066-2b6d-3735-b8743e0bc133?t=15832467990>
25. F. Grilli, *Enti pubblici e regolarità amministrativa. Brevi riflessioni sul controllo successivo di regolarità amministrativa*, in *Gazz. Enti Locali*, 29 gennaio 2013.
26. B. Piccolotti, *Principi Isa Italia: sempre più da utilizzare nella revisione degli Enti locali*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 novembre 2017.
27. C. D'Aries, *Il controllo di regolarità amministrativa e contabile*, in G. Astegiano, C. D'Aries, E. Padovani, *Il nuovo sistema dei controlli interni, dall'obbligo normativo ad un'impostazione manageriale della Pubblica Amministrazione*, Wolters Kluwer Italia, 2014.
28. Ad esempio, nel Piano Attività 2018 del Comune di Milano, tra le tipologie di atti da sottoporre a controllo si individuano i seguenti: «Affidamenti effettuati dalle direzioni del Comune di Milano nel corso dell'anno 2017 per un importo inferiore a € 40.000,00 che presentano la seguente caratteristica: il soggetto aggiudicatario risulta ricorrente per almeno tre volte. A tal fine, verranno individuate due fasce di riferimento, così come previsto dal D. Lgs. 50/2016 Codice dei Contratti Pubblici: - Affidamenti di importo sotto i mille euro - Affidamenti di importo sotto i 40mila euro».
29. C. D'Aries, *cit.*
30. N. Sorgente, *Il rafforzamento del sistema dei controlli interni negli Enti locali*, in *www.ambientediritto.it*, 2017.
31. Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, *Principi di vigilanza e controllo dell'Organo di revisione degli Enti locali*, febbraio 2019.
32. M. Barbiero, *I controlli interni ed esterni nell'amministrazione locale*, Maggioli Editore, 2018.



## CERIDAP

33. Principio di Revisione 002 (CNDCEC PR 002), Modalità di redazione della relazione di revisione ai sensi dell'art. 14 del d. lgs. 27 gennaio 2010 n. 39 6 aprile 2011.
34. R. Rizzi, *cit.*
35. R. Rizzi, *cit.*
36. T. Tessaro, *Alcune notazioni in tema di controllo di regolarità amministrativa e contabile in via successiva*, in *Gazz. Enti locali*, 4 aprile 2013.
37. Corte dei conti, Sezione delle autonomie, Delibera n. 23/SEZAUT/2019/FRG, I controlli interni degli Enti locali. Analisi del sistema dei controlli interni degli Enti locali, 16 agosto 2019.
38. R. Rizzi, *cit.*
39. Corte dei conti, Sezione Controllo Stato, deliberazione 28 luglio 1995, in *Foro It.*, 1996, 12.
40. F. Grilli, *cit.*
41. Il modello di referto semestrale adottato dal Comune di Milano, ad esempio, prevede, in relazione ad ogni tipologia di provvedimento esaminata, l'enunciazione del "modello ideale" di atto, così come previsto dalla norma, seguito da quanto riscontrato nel corso del controllo e, infine, dalla sintesi, costituita dalle linee guida da adottare per il futuro. Tutte le relazioni sono disponibili al seguente link: <https://www.comune.milano.it/comune/amministrazione-trasparente/controlli-e-rilievi-sull-amministrazione/attivita-di-controllo-successivo-di-regolarita-amministrativa-su-atti-e-procedimenti>
42. D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 6 febbraio 2019.
43. L'Enciclopedia Treccani definisce il "machine learning" come una branca dell'intelligenza artificiale che si occupa dello sviluppo di algoritmi e tecniche finalizzate all'apprendimento automatico mediante la statistica computazionale e l'ottimizzazione matematica. Infatti, «ogni piattaforma digitale raccoglie quanti più dati possibili. Prendiamo i social: sanno per esempio i nostri gusti, quello che ci piace, cosa leggiamo e le foto che postiamo. Il machine learning analizzando le tracce digitali che lasciamo può per esempio suggerirci contenuti che ci piacciono sulla base delle indicazioni che volontariamente o involontariamente gli abbiamo dato», così L. Tremolada, in *Il Sole 24 Ore.com*, 8 gennaio 2019.
44. M. Nicotra, R. Titomanlio, *Digitalizzare la PA con la "scusa" del coronavirus: lo scenario futuro*, in *Agendadigitale.eu*, 17 aprile 2020.
45. In base all'articolo 2, c. 1, lett. c-bis), del D. Lgs. n. 36/2006, il formato leggibile meccanicamente è un formato di file strutturato in modo tale da consentire alle applicazioni software di individuare, riconoscere ed estrarre facilmente dati specifici, comprese dichiarazioni individuali di fatto e la loro struttura interna.
46. C'è un cambio di mentalità rispetto alla scheda redatta ad esempio in formato «excel», perché si passa da un oggetto destrutturato ad un ORM, cioè «una tecnica di programmazione che favorisce l'integrazione di sistemi software aderenti al paradigma della

## CERIDAP

programmazione orientata agli oggetti con sistemi RDBMS (dei database relazionali)»; semplificando, si passa da un modello di dati completamente sganciato, in cui i dati non sono relazionati tra di loro, al costruire delle tabelle in cui i dati vengono memorizzati sotto forma di coppie chiave/valore. Ad ogni chiave viene assegnato un valore specifico e i valori possono riguardare qualsiasi informazione. Nella tabella c'è dunque una chiave, che rimanda ad una chiave esterna, che è l'atto. Pertanto, la scheda rimane sostanzialmente la stessa, ma viene compilata direttamente sulla piattaforma.

47. Ai sensi dell'art. 1, c.1, lett. dd), d. lgs. n. 82 del 2005, l'interoperabilità è la caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi.
48. Per ottenere una tonnellata di carta nuova da cellulosa vergine infatti occorrono 15 alberi, 440 mila litri d'acqua e 7600 Kwh di energia elettrica, senza contare le emissioni di anidride carbonica dovute all'uso della cellulosa.
49. D.U. Galetta, J.G. Corvalán, *cit.*
50. G. Vilella, *Introduzione alla E-Democracy*, Pendragon, 2017.

## Gli obblighi di pubblicità e trasparenza nelle pubbliche amministrazioni ed il rispetto della privacy: la formazione ICT del personale come grandezza predittiva

*Susanna Croci*

*Dall'anno 2009 ad oggi gli enti locali – e, più in generale, le pubbliche amministrazioni italiane – hanno visto progressivamente accrescere gli obblighi di pubblicità e trasparenza concernenti la pubblicazione, all'interno del proprio sito web istituzionale, di documenti amministrativi ed informazioni relativi alla propria organizzazione ed attività. Lo scritto, prendendo le mosse da una sanzione del Garante della Privacy – avente ad oggetto l'illecito trattamento, on line, di dati personali – esamina e pone in correlazione la quantità di questi obblighi di pubblicazione e trasparenza, ed il loro esatto adempimento in termini di rispetto della vigente disciplina normativa in materia di privacy, con la formazione ICT del personale deputato ad assolvere i medesimi obblighi. La percentuale e le caratteristiche del personale che ha ricevuto una adeguata formazione ICT – in specie con riferimento alla età media dei dipendenti in questione – costituisce un evidente indicatore previsionale della loro capacità di assolvere a questi obblighi di pubblicazione e trasparenza, senza che ciò avvenga in violazione del diritto alla privacy dei soggetti interessati dai documenti e dalle informazioni pubblicate on line. [Publication and transparency obligations in Italian public administrations, and the respect of privacy: ICT employee training as a predictive indicator] Since 2009, Italian local authorities – and, more broadly, Italian public administrations – have faced a progressive increase of transparency obligations with regard to the publication of administrative documents on institutional websites as well as concerning their internal organization and activities. Prompted by an Italian privacy authority's sanction based on the illicit online treatment of personal information, this paper analyses the correlation between the quantity of these obligations as well as the correct compliance thereof, and employees' level of ICT training. The percentage and the characteristics of the employees that have acquired an adequate ICT training – with*

*a particular reference to their age – represent a clear provisional indicator of their capability of complying with the obligations of publication and transparency without violating the privacy rights of the documents' subjects and whose information is being published online.*

## **1. I fatti all'origine della ordinanza-ingiunzione, del Garante per la Protezione dei Dati Personali**

La vicenda oggetto della presente analisi ha preso l'avvio da una segnalazione al Garante per la Protezione dei Dati Personali (di seguito, "Garante") da parte di una persona fisica, in merito alla illegittima diffusione di propri dati personali da parte del Comune di Montevago, nel sito internet istituzionale della medesima amministrazione.

In particolare, mediante una semplice ricerca all'interno dell'Albo Pretorio on line del Comune agrigentino, era possibile acquisire un provvedimento amministrativo, il cui allegato recava la descrizione di particolari circostanze relative alla persona fisica segnalante, con la contestuale indicazione – in chiaro – del suo nome e cognome.

Sulla base dei propri poteri di indagine, correttivi e sanzionatori, il Garante ha provveduto di conseguenza a svolgere una approfondita valutazione istruttoria in merito alla legittimità del trattamento dei dati, posto in essere dall'amministrazione comunale<sup>[1]</sup>.

Dopo avere accertato, *prima facie*, l'illegittimità del medesimo trattamento – per contrasto con la normativa vigente, al tempo dei fatti, in materia di protezione dei dati personali – il Garante ha contestato la violazione al Comune di Montevago, altresì invitandolo a trasmettere scritti difensivi e documenti, ed a chiedere la eventuale audizione personale dei responsabili dei fatti contestati.

Il Comune di Montevago, mediante i propri scritti difensivi, ha in particolare evidenziato come – nel corso degli anni – abbia provveduto alla informatizzazione dei propri uffici e dei relativi procedimenti, al fine di semplificare l'attività amministrativa e migliorare i servizi resi alla cittadinanza: tuttavia la formazione del personale ha incontrato notevoli difficoltà e resistenze,

in specie dovute all'età avanzata dei funzionari, non sempre pronti a recepire le innovazioni informatiche.

A conclusione dell'istruttoria, e pur innanzi a tali scritti difensivi, essa è esitata nella conferma delle valutazioni preliminari compiute dal Garante: si è così statuita l'illiceità del trattamento dei dati personali effettuato dal Comune di Montevago, in quanto la diffusione sul sito web istituzionale – nella sezione “Albo Pretorio” on line – dei dati personali del segnalante, è avvenuta in violazione delle seguenti disposizioni normative:

a) l'art. 19 (Principi applicabili al trattamento di dati diversi da quelli sensibili e giudiziari), comma 3, del “Codice della Privacy” (d.lgs. n. 196 del 2003), vigente al tempo dei fatti (ed ora, dopo le modifiche apportate per effetto del d.lgs. n. 101 del 2018, riprodotto nel nuovo art. 2-ter, commi 1 e 3, del medesimo “Codice”), a norma del quale: «*La comunicazione da parte di un soggetto pubblico a privati o a enti pubblici economici e la diffusione da parte di un soggetto pubblico sono ammesse unicamente quando sono previste da una norma di legge o di regolamento*»<sup>[2]</sup>;

b) l'art. 6 (Licetà del trattamento), par. 1, lettere c) ed e), del Regolamento UE 2016/679 (Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, cosiddetto “GDPR”), a norma del quale: «*Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: [...] c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; [...] e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento*»<sup>[3]</sup>;

c) l'art. 6, par. 2 e par. 3, lett. b), del medesimo GDPR, sempre a norma del quale: «*Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più specifiche per adeguare l'applicazione delle norme del presente regolamento con riguardo al trattamento [...], determinando con maggiore precisione requisiti specifici per il trattamento e altre misure atte a garantire un trattamento lecito e corretto [...]. La base su cui si fonda il trattamento dei dati [...] deve essere stabilita: [...] b) dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento*»<sup>[4]</sup>.

In sostanza il Comune di Montevago, pubblicando sul proprio Albo Pretorio on line un provvedimento amministrativo che recava, in allegato, un documento contenente fatti e circostanze personali, nominativamente riferibili ad una

persona ben identificata nel medesimo documento, ha violato le norme innanzi menzionate.

Al tempo della violazione (e tuttora, a ben vedere) non sussisteva infatti alcuna norma di legge o regolamento nazionale – statale o regionale – che prevedesse espressamente la possibilità di diffondere (*rectius*, trattare) on line i fatti ed i dati personali della persona fisica in questione: con la conseguenza che tale trattamento si qualificava pertanto “non necessario”, né per adempiere un obbligo legale, tanto meno per l’esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all’esercizio di pubblici poteri.

Accertata la illiceità del trattamento dei dati personali posto in essere dalla amministrazione comunale, il Garante ha emanato apposita ordinanza-ingiunzione volta ad irrogare – al medesimo ente locale – una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 2.000 euro, sulla base delle seguenti disposizioni normative.

Ai sensi e per gli effetti dell’art. 58 (Poteri), par. 2, lett. i), GDPR: «*Ogni autorità di controllo ha tutti i poteri correttivi seguenti: [...] i) infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell’art. 83 [...]»*<sup>[5]</sup>.

L’art. 83 (Condizioni generali per infliggere sanzioni amministrative pecuniarie), par. 5, dello stesso GDPR, dispone infatti quanto segue: «*La violazione [dei «principi di base del trattamento», o «dei diritti degli interessati»] è soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 20.000.000 euro»*<sup>[6]</sup>.

La particolare tenuità della sanzione irrogata nei confronti del Comune di Montevago è giustificata dal Garante – all’interno della ordinanza-ingiunzione, ed in parziale accoglimento delle giustificazioni esplicitate dal Comune nei propri scritti difensivi – sulla base delle seguenti motivazioni:

- 1) la condotta, tenuta in violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali, ha comunque avuto ad oggetto la diffusione di dati personali non appartenenti a categorie particolari, né a condanne penali o reati;
- 2) la medesima condotta illecita ha riguardato un solo soggetto interessato, e si è protratta per poco più di un anno;
- 3) l’amministrazione sanzionata è un ente locale di piccole dimensioni, con di meno di 3.000 abitanti, che si è prontamente attivato per rimuovere i dati personali oggetto della segnalazione ed ha pienamente collaborato con il Garante – lungo tutto il corso della istruttoria – al fine di porre rimedio alla violazione

commessa e di attenuarne gli effetti negativi;

4) la condotta illecita riveste dunque carattere colposo, né risultano ulteriori precedenti violazioni – da parte della medesima amministrazione – delle norme in materia di protezione dei dati personali.

In ragione di queste motivazioni, il Garante ritiene comunque la sanzione pecuniaria irrogata al Comune di Montevago – sebbene di modesta entità – «*effettiva, proporzionata e dissuasiva*».

## **2. Il quadro normativo di riferimento: a) l'Albo Pretorio comunale**

La fattispecie decisa dalla ordinanza-ingiunzione del Garante prende le mosse da una illegittima pubblicazione avvenuta all'interno dell'Albo Pretorio comunale, on line.

L'esistenza di un Albo Pretorio fisico (non on line)<sup>[7]</sup>, volto ad assicurare la pubblicità degli atti adottati dagli organi del Comune, è attestata sin dalle origini della legislazione che il Regno d'Italia aveva dedicato alle "istituzioni comunali e provinciali" (art. 74, Statuto Albertino): a norma dell'art. 90, legge 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato A (Legge Comunale e Provinciale), infatti: «*Tutte le deliberazioni [dei consigli comunali] saranno sempre pubblicate per copia all'albo pretorio nel primo giorno festivo, o di mercato, successivo alla loro data. Ciascun contribuente nel Comune potrà aver copia delle deliberazioni mediante pagamento dei relativi diritti*».

Ad oggi il vigente riferimento normativo è l'art. 124 (Pubblicazione delle deliberazioni), d.lgs. n. 267 del 2000 (Testo Unico degli Enti locali, "TUEL")<sup>[8]</sup>, che afferma l'obbligo di pubblicare tutte le deliberazioni comunali all'Albo Pretorio, «*nella sede dell'ente*», per quindici giorni consecutivi salvo specifiche disposizioni di legge (che possono dunque stabilire differenti termini, superiori od inferiori, di durata della pubblicazione).

L'inciso "nella sede dell'ente" si è trasformato dalla sede fisica (di regola una apposita bacheca, posta all'esterno del municipio) alla sede informatica: vale a dire l'apposita sezione "Albo Pretorio on line", presente all'interno del sito web istituzionale appartenente ad ogni amministrazione comunale.

Il riferimento normativo della costituzione di un Albo Pretorio on line è l'art. 32,

legge n. 69 del 2009, relativo alla «*eliminazione degli sprechi relativi al mantenimento di documenti in forma cartacea*»<sup>[9]</sup>.

Il comma 1 dell'art. 32 opera una vera e propria rivoluzione, per ciò che concerne l'informatizzazione dei processi documentali all'interno dei Comuni dato che, a far data dal 1° gennaio 2010, gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale non si intendono più adempiuti mediante la pubblicazione – di tali atti e provvedimenti – all'interno dell'albo pretorio tradizionale, bensì si intendono assolti per mezzo della loro pubblicazione sui siti web istituzionali.

Il comma 2, inoltre, estende l'obbligo di pubblicazione on line anche nei confronti delle procedure ad evidenza pubblica e dei bilanci di ogni ente locale (le specifiche riguardanti tali pubblicazioni sono recate all'interno del D.P.C.M. 26 aprile 2011).

Le disposizioni normative sin qui richiamate costituiscono dunque quell' "obbligo legale" – contenuto in una legge o regolamento di uno Stato membro – che giustificavano sì la pubblicazione, anche all'Albo Pretorio on line, del provvedimento amministrativo emanato dal Comune di Montevago. E tuttavia queste stesse norme non contemplavano espressamente anche la pubblicazione degli "allegati" al medesimo provvedimento: in specie nell'ipotesi in cui tali allegati avessero recato, al proprio interno, circostanze e fatti riferibili nominativamente ad una persona fisica e da trattare dunque – in ossequio alle norme in materia di diritto alla riservatezza – come dati personali.

È da queste motivazioni che trae origine la ordinanza-ingiunzione del Garante, che ha sanzionato l'amministrazione comunale.

## **2.1. (segue): i siti web istituzionali dei Comuni**

Una considerazione pragmatica appare a questo punto necessaria: la condotta illecita del Comune di Montevago discende dall'aver trasposto direttamente e acriticamente le modalità di pubblicazione dei propri atti e provvedimenti, dal tradizionale Albo Pretorio fisico all'odierno Albo Pretorio on line.

Si può infatti ragionevolmente supporre che l'allegato – contenente i dati personali illecitamente trattati dall'amministrazione – non sarebbe stato altrettanto agevolmente visibile all'interno di una bacheca fisica, peraltro non



costantemente aperta al pubblico, quanto invece è stato possibile vederlo ed anche acquisirlo attraverso l'*upload/download*, e le modalità di ricerca e visualizzazione, ad oggi proprie di ogni sito internet.

Fino all'anno 2009, l'adozione di strumenti di trasparenza, pubblicità e digitalizzazione dei procedimenti era lasciata all'autonoma iniziativa dei singoli enti locali, che in molti casi provvedevano alla creazione *in house* di siti web istituzionali con esiti tra loro molto eterogenei, sia in ordine ai criteri formali di realizzazione del singolo sito web (il *web domain*), sia in merito alla sua architettura (il *web design*) e contenuto<sup>[10]</sup>.

Al fine di rispondere a questa esigenza di razionalizzazione ed omogeneità il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, con la propria deliberazione n. 8 del 2009, ha fissato i criteri che i siti web istituzionali sono obbligati a rispettare: tra questi criteri, in particolare, figurano la riconoscibilità, l'aggiornamento, l'usabilità e l'accessibilità.

L'obiettivo della deliberazione è, in concreto, quello di garantire un accesso diretto, semplice, agevole e qualitativamente valido ai siti web istituzionali, al fine di migliorare la fruizione dei dati in essi contenuti.

Allo scopo di proseguire nell'implementazione della deliberazione ministeriale (ed in specifica attuazione del suo art. 4), negli anni 2010 e 2011, DigitPA (ad oggi l'Agenzia per l'Italia Digitale) ha emanato le «*Linee guida per i siti web della PA*»: esse contengono ed individuano criteri e strumenti per assicurare la progressiva riduzione/eliminazione dei siti web pubblici obsoleti (e di conseguenza non più fruibili) ed il costante miglioramento di quelli attivi<sup>[11]</sup>.

Al fine di consentire l'agevole ricerca delle informazioni contenute nei siti web istituzionali, e sempre all'interno di queste "Linee guida", sono altresì definite le modalità per aggiungere al testo delle pagine web specifici contenuti, volti ad indirizzare l'utente verso determinate "sezioni" ed "argomenti": nel caso di specie, l'Albo Pretorio on line costituisce una di queste sezioni.

## **2.2. (segue): la protezione dei dati personali, all'interno dei siti web istituzionali dei Comuni**

Parallelamente a questa evoluzione digitale della pubblicazione e diffusione on line dei provvedimenti emanati dalle pubbliche amministrazioni (e, tra di esse,

dagli enti locali), si è necessariamente posta la questione del rispetto – in tutte le forme di pubblicazione all'interno dei siti web istituzionali – della disciplina normativa in materia di protezione dei dati personali<sup>[12]</sup>.

Una questione che non poteva non essere esaminata, approfondita, indirizzata e normata dal Garante per la Protezione dei Dati Personali.

Il primo intervento del Garante – in materia – è temporalmente anteriore alla stessa creazione dell'Albo Pretorio on line (1 gennaio 2010): così come si è ricordato all'interno del precedente paragrafo, le pubbliche amministrazioni avevano infatti implementato – già anteriormente all'anno 2010 – propri siti web istituzionali (disorganici ed eterogenei) volti a diffondere informazioni, documenti e provvedimenti.

Questo primo intervento del Garante, con specifico riguardo alle amministrazioni comunali, è costituito dalle «*Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali*» (Deliberazione n. 17, del 19 aprile 2007), il cui titolo – significativamente – identifica la “pubblicazione” e la “diffusione” come finalità del trattamento dei dati personali.

È alla finalità di “pubblicazione” che può essere infatti ricondotto lo strumento dell'Albo Pretorio: «*per assicurare determinati effetti dichiarativi, il [...] Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali prevede che la pubblicazione di tutte le deliberazioni del Comune e della Provincia debba avvenire non in rete, ma mediante materiale affissione all'albo pretorio nella sede dell'ente, per quindici giorni consecutivi, salvo quanto previsto da specifiche disposizioni di legge (art. 124 d.lgs. n. 267/2000)*»<sup>[13]</sup>.

Nelle intenzioni del Garante la pubblicazione delle deliberazioni nell'Albo Pretorio fisico, non on line, è lecita soltanto nel rispetto dei principi di “pertinenza” e di “non eccedenza”.

Con riguardo alla finalità di “diffusione”, il passaggio all'Albo Pretorio on line moltiplica i rischi della possibile illiceità del “trattamento” dei dati personali: la diffusione di provvedimenti amministrativi attraverso il web impone dunque, al titolare del trattamento, specifiche valutazioni e controlli rivolti ad assicurare il diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti all'interno dei medesimi provvedimenti.

Il Garante riconosce che il diritto alla riservatezza mal si coniuga con le

potenzialità offerte dalla pubblicazione e dalla diffusione sul web, dal momento che: *«i dati così messi a disposizione di un numero indefinito di persone sono consultabili da molteplici luoghi e in qualsiasi momento. Il loro “carattere ubiquitario” è valorizzato dal crescente accesso ad internet. Attraverso i motori interni ed esterni di ricerca può essere ricostruito unitariamente un numero ingente di dati riferiti a soggetti individuati, più o meno aggiornati e di natura differente»*<sup>[14]</sup>.

Le “Linee Guida”, originariamente emanate nell’anno 2007, sono state aggiornate dal Garante nell’anno 2011, stante la progressiva implementazione di strumenti informatici e, tra questi, proprio la nascita dell’Albo Pretorio on line: si tratta ora di *«definire un primo quadro unitario di misure e accorgimenti finalizzati a individuare opportune cautele che i soggetti pubblici sono tenuti ad applicare in relazione alle ipotesi in cui effettuano, in attuazione alle disposizioni normative vigenti, attività di comunicazione o diffusione di dati personali sui propri siti istituzionali per finalità di trasparenza, pubblicità dell’azione amministrativa, nonché di consultazione di atti su iniziativa di singoli soggetti»*<sup>[15]</sup>.

Anticipando significativamente l’evoluzione normativa che condurrà – attraverso la successiva emanazione del d.lgs. n. 33 del 2013 – alla piena *disclosure* delle informazioni (documentali o meno) delle pubbliche amministrazioni, il Garante afferma dunque già nel 2011 la piena rilevanza della tutela della riservatezza, anche a fronte di un *«malinteso e dilatato principio di trasparenza»*<sup>[16]</sup>.

È per queste ragioni che all’indomani dello stesso d.lgs. n. 33 del 2013 il Garante aggiorna – nella versione adottata nell’anno 2014 – le proprie *«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»*.

Riferite ad un quadro normativo profondamente mutato, diventa fondamentale per il Garante riscrivere le “Linee Guida” alla luce di tutte le innovazioni recate dal d.lgs. n. 33 del 2013.

La “trasparenza amministrativa”<sup>[17]</sup>, intesa come *«accessibilità totale»* delle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni, amplia quantitativamente e qualitativamente la declinazione del principio di “pubblicità” allo scopo di *«favorire forme diffuse di controllo, sul*

*perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»* (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013)<sup>[18]</sup>.

Al tradizionale “accesso documentale” (di cui all’art. 10, ed al Capo V, legge n. 241 del 1990), si aggiungono ora gli istituti dell’ “accesso civico” ai dati e documenti oggetto degli obblighi di pubblicazione (art. 5, comma 1), e dell’ “accesso generalizzato” (art. 5, comma 2, nel testo novellato dal d.lgs. n. 97 del 2016)<sup>[19]</sup>: con questo ultimo istituto la tradizionale prospettiva della attivazione del diritto di “accesso civico”, in maniera strumentale e successiva alla previa attuazione ed osservanza dell’obbligo di pubblicazione, viene decisamente capovolta<sup>[20]</sup>.

Elemento centrale del sistema diviene così la libertà di accedere ai dati e ai documenti delle pubbliche amministrazioni<sup>[21]</sup>, «*in analogia agli ordinamenti aventi il Freedom of Information Act (FOIA), ove il diritto all’informazione è generalizzato e la regola generale è la trasparenza mentre la riservatezza e il segreto eccezioni»*<sup>[22]</sup>.

Il sito web istituzionale di ogni amministrazione pubblica costituisce il veicolo, lo strumento operativo e concreto della “rivoluzione” compiuta dal d.lgs. n. 33 del 2013: in esso qualsiasi utente del web deve potere cercare e trovare tutti i documenti e le informazioni inerenti all’organizzazione e all’attività amministrativa, la cui pubblicazione e diffusione sia specificamente imposta dagli articoli 13 e ss. del medesimo testo normativo (la elencazione di tali obblighi è compiuta nel prossimo paragrafo).

Più in particolare, tali documenti ed informazioni devono essere sempre pubblicati e resi disponibili all’interno della sezione “Amministrazione Trasparente”, che deve essere obbligatoriamente presente nella “home page” di ogni sito web istituzionale.

Le nuove “Linee guida”<sup>[23]</sup> sostituiscono le precedenti adottate dal Garante in data 2 marzo 2011 e operano su due piani, tra loro complementari: da un lato prendono in considerazione le nuove disposizioni normative rivolte a disciplinare gli obblighi di pubblicità per finalità di trasparenza (d.lgs. n. 33 del 2013); dall’altro concernono le norme già vigenti, che regolano tuttora forme di pubblicità per finalità differenti da quelle perseguite dal d.lgs. n. 33 e, tra queste, la pubblicità legale all’interno dell’Albo pretorio on line.

Con riguardo ai primi obblighi, nel Capo I del d.lgs. n. 33 del 2013 è precisato

che – “oggetto” della riforma – è l’individuazione degli obblighi di trasparenza «*concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni*», e che «*tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria [...] sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli* [ai sensi del successivo art. 7]» (art. 2, comma 2, e art. 3).

Soltanto ad esemplificare, figurano qui gli obblighi di pubblicazione dei redditi dei componenti degli organi di indirizzo politico e dei loro familiari (art. 14, sulla cui applicazione si è comunque pronunciata Corte Cost., sent. n. 20 del 2019<sup>[24]</sup>), dei corrispettivi e compensi dei titolari di incarichi di collaborazione e consulenza (art. 15), degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e vantaggi economici, unitamente all’elenco dei relativi soggetti beneficiari (articoli 26 e 27). Parallelamente a questi obblighi di pubblicazione per finalità di trasparenza, permangono gli ulteriori (e già vigenti) obblighi di pubblicità on line di dati<sup>[25]</sup>, informazioni e documenti amministrativi; tra di essi quelli rivolti a rendere conoscibile l’organizzazione e l’azione amministrativa in relazione al rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, Cost.), ed ai principi di legittimità, economicità ed efficacia (art. 1, legge n. 241 del 1990): l’Albo Pretorio online (art. 124, d. lgs. n. 267 del 2000; art. 32, legge n. 69 del 2009) ne rappresenta la principale declinazione.

### **3. Gli obblighi di pubblicazione e trasparenza, attraverso i siti web istituzionali, posti in capo agli enti locali: dall’Albo Pretorio on line alla “Amministrazione Trasparente”**

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, la disamina degli obblighi di pubblicazione e trasparenza che sono ad oggi posti in capo agli enti locali deve avere carattere diacronico: dal 2009 ad oggi la normativa ha infatti prodotto continue modificazioni e profonde innovazioni.

Gli obblighi imposti alle pubbliche amministrazioni sono progressivamente aumentati, sia in misura qualitativa che quantitativa.

L’art. 32, legge n. 69 del 2009, ha comportato la prima grande modificazione: la pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi produce l’effetto di pubblicità legale soltanto nel momento in cui questa avviene sull’Albo Pretorio

on line, a mezzo informatico.

In considerazione del fatto che la tecnologia fornisce mezzi di accesso e partecipazione sempre più avanzati<sup>[26]</sup>, il legislatore mira al «*progressivo superamento della pubblicazione in forma cartacea*» (art. 32, comma 2, legge n. 69 del 2009) nella convinzione che – con il passare del tempo – essa diverrà desueta ed obsoleta.

Si tratta del primo vero passo verso la digitalizzazione dei processi organizzativi, interni, di ciascun Comune italiano: cambia infatti la natura qualitativa della pubblicazione, dal momento che tutte le deliberazioni – sino ad allora fatte oggetto di obbligatoria affissione all’Albo Pretorio fisico-cartaceo – devono ora essere trasferite (con la contestuale eliminazione dell’Albo Pretorio fisico), all’interno del nuovo Albo Pretorio on line<sup>[27]</sup>.

È questo un cambiamento sicuramente positivo: aumenta e facilita l’accessibilità (ferme restando tutte le difficoltà proprie del “*digital divide*”), permette una consultazione più agevole e diffusa, riduce i costi di copia e riproduzione della documentazione cartacea.

D’altra parte, però, tale cambiamento pone in essere una serie di criticità, in specie relative alla tutela del diritto alla riservatezza<sup>[28]</sup>, che sino ad allora assumevano minore rilevanza: quando l’Albo era ancora in forma fisica e cartacea gli accessi potevano essere infatti monitorati, assentiti o negati con maggiore tempo, ponderazione ed accuratezza.

Attraverso il passaggio alla forma digitale, invece, quello che era un accesso regolato e circoscritto (di regola “governato” da un apposito ufficio “segreteria/affari generali”) diventa occasione per una “apertura totale” (*disclosure*)<sup>[29]</sup> sul web: esclusa la possibilità di regolare gli accessi per mezzo di credenziali e/o sistemi di registrazione degli utenti (perché, così come avveniva per l’Albo Pretorio fisico-cartaceo, l’accesso deve rimanere indifferenziato) le informazioni diventano consultabili da un numero indefinito di soggetti, in possesso di accesso alla rete web in luoghi imprecisati ed in qualsiasi momento temporale.

Ciò che avviene poi nell’anno 2013, mediante l’emanazione del d.lgs. n. 33, è la logica continuazione – nelle intenzioni del legislatore – del processo di digitalizzazione già iniziato nel 2009.

Ma si tratta davvero, e soltanto, di una evoluzione logica ?

L'analisi e l'applicazione del d.lgs. n. 33 del 2013 presentano infatti una moltiplicazione degli obblighi posti in capo agli enti locali (ed a tutte le pubbliche amministrazioni): una moltiplicazione che tuttavia (così come invece era avvenuto nell'anno 2009) non è soltanto "qualitativa", bensì anche – ed in progressione geometrica – "quantitativa".

Le modalità di pubblicazione, diffusione ed accesso ai dati ed ai documenti delle amministrazioni pubbliche vengono in primo luogo modificate "qualitativamente": il d.lgs. n. 33 del 2013, ancora prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 97 del 2016, disciplina l'istituto dell'accesso civico cosiddetto "semplice" (art. 5, comma 1), che rimane circoscritto ai soli documenti già fatti oggetto di specifici obblighi normativi di pubblicazione, e limitato ai casi di mancata osservanza degli stessi obblighi.

Non vi è qui alcun aggravamento "quantitativo" degli obblighi di pubblicazione posti in capo alle pubbliche amministrazioni: il numero degli obblighi resta infatti ancorato alla previa e previgente predeterminazione legale; l'aggravamento assume invece certamente carattere "qualitativo" nel momento in cui il diritto di accedere ai documenti diviene automaticamente un obbligo volto a "sanzionare" la singola pubblica amministrazione, inadempiente alla pubblicazione.

L'aggravamento "quantitativo" si produce invece con l'introduzione dell'accesso civico cosiddetto "generalizzato" (art. 5, comma 2, novellato dal d.lgs. n. 97 del 2016)<sup>[30]</sup>: tale istituto consente ad oggi a chiunque di accedere a dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, «*ulteriori*» rispetto a quelli che le amministrazioni sono già obbligate a pubblicare a norma dello stesso d.lgs. n. 33<sup>[31]</sup>.

Attribuito anche in assenza di una specifica dimostrazione della sussistenza di un "interesse" all'accesso (così differenziandosi dal diritto di accesso documentale previsto negli articoli 22 e ss., legge n. 241 del 1990), questo nuovo istituto – nelle parole del legislatore (art. 5, comma 2) – consente «*a chiunque*» l'accesso ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni al fine di «*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*»: l'accesso civico "generalizzato" è quindi considerato come strumento di effettiva garanzia del controllo sull'organizzazione e sull'attività di ogni pubblica amministrazione<sup>[32]</sup>.

Per ciò che concerne i profili di tutela della riservatezza e della protezione dei dati

personali, l'inciso finale dell'art. 5, comma 2, impone comunque il «rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'art. 5-bis»: l'accesso civico "generalizzato" può dunque essere motivatamente rifiutato se il diniego è necessario ad evitare un concreto pregiudizio alla tutela – tra gli altri interessi espressamente menzionati all'interno dell'art. 5-bis, comma 2, lett. a), b) e c) – della «protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia» (lett. a))<sup>[33]</sup>.

Ai fini della piena accessibilità delle informazioni, i contenuti sono pubblicati e disseminati a mezzo internet: ai sensi dell'art. 9 (Accesso alle informazioni pubblicate nei siti), del medesimo d.lgs. n. 33 del 2013, ciascuna pubblica amministrazione deve predisporre – nella "home page" del proprio sito web istituzionale – una apposita "sezione" denominata "Amministrazione Trasparente".

Ed è qui che si dimostra ulteriormente il salto "quantitativo": quali documenti ed informazioni devono essere infatti pubblicate e diffuse on line<sup>[34]</sup>, all'interno del repository "Amministrazione Trasparente"?

Alla puntuale elencazione contenuta negli articoli da 13 a 42 (Capo II, Obblighi di pubblicazione concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, articoli 13-28; Capo III, Obblighi di pubblicazione concernenti l'uso delle risorse pubbliche, articoli 29-31; Capo IV, Obblighi di pubblicazione concernenti le prestazioni offerte e i servizi erogati, articoli 32-36; Capo V, Obblighi di pubblicazione in settori speciali, articoli 37-42), ha fatto seguito la deliberazione n. 1310, approvata dalla Autorità Nazionale Anticorruzione in data 28 dicembre 2016<sup>[35]</sup>.

Nell'Allegato 1<sup>[36]</sup> alla deliberazione si individuano i seguenti ambiti di riferimento: "Disposizioni generali", "Organizzazione", "Consulenti e collaboratori", "Personale", "Bandi di concorso", "Performance", "Enti controllati", "Attività e procedimenti", "Provvedimenti", "Controlli sulle imprese", "Bandi di gara e contratti", "Sovvenzioni, contributi, sussidi, vantaggi economici", "Bilanci", "Beni immobili e gestione [del] patrimonio", "Controlli e rilievi sull'amministrazione", "Servizi erogati", "Pagamenti dell'amministrazione", "Opere pubbliche", "Pianificazione e governo del territorio", "Informazioni ambientali", "Strutture sanitarie private accreditate", "Interventi straordinari e di emergenza", ed infine "Altri contenuti".



Si tratta di 23 voci, denominate “sotto-sezioni”, della predetta “sezione” principale “Amministrazione Trasparente”: per ognuna di queste “sotto-sezioni” sono previsti una molteplicità di obblighi di pubblicazione. Soltanto la “sotto-sezione” denominata “Bandi di gara e contratti” presenta 20 categorie di adempimenti.

Il calcolo è semplice ed il risultato inequivocabile: sui siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni sono riversati quotidianamente milioni di byte di informazioni, con tutti i rischi connessi sotto il profilo della riservatezza dei dati personali, della possibile manipolazione delle informazioni pubblicate, e della loro decontestualizzazione da ogni attività organizzativa e procedimentale, in specie se complessa, coordinata tra più pubbliche amministrazioni e prolungata nel tempo<sup>[37]</sup>.

Viene naturale, a questo punto dell’analisi, svolgere il confronto fra i due sistemi digitali che ad oggi garantiscono la pubblicità e la trasparenza all’agire amministrativo: l’Albo Pretorio on line, e la sezione “Amministrazione Trasparente”, entrambi compresenti nei siti web istituzionali dei Comuni italiani. Una prima differenza, di carattere temporale, è data dal fatto che le pubblicazioni, salvo specifiche disposizioni di legge, permangono all’Albo Pretorio per un periodo di 15 giorni; al contrario invece di quanto accade per la “Amministrazione Trasparente” ove, a norma dell’art. 8 (Decorrenza e durata dell’obbligo di pubblicazione), d.lgs. n. 33 del 2013, i dati, le informazioni ed i documenti sono di regola pubblicati – e mantenuti aggiornati – per un periodo di 5 anni.

Di poi, e sempre a differenziare le due forme di pubblicazione on line, gli obblighi di pubblicazione all’Albo Pretorio riguardano tutti quegli atti per i quali la legge impone la pubblicazione come condizione necessaria perché essi possano acquisire efficacia legale. Tra di essi:

1. le deliberazioni degli organi collegiali (Giunta e Consiglio), le ordinanze (del Sindaco e dei dirigenti amministrativi), le determinazioni dirigenziali;
2. gli avvisi di deposito, alla casa comunale, di atti finanziari e tributari (accertamenti a carico di persone irreperibili, relative cartelle esattoriali);
3. i piani ed i provvedimenti urbanistici, del commercio, del traffico urbano.

I documenti e le informazioni pubblicate all'interno della "Amministrazione Trasparente" – innanzi elencate – sono invece di numero ben maggiore: e tuttavia è agevole rilevare come un medesimo documento (soltanto ad esemplificare, una determinazione di impegno di spesa concernente un incarico di consulenza) costituisca oggetto di duplice e ridondante obbligo di pubblicazione, sia all'Albo Pretorio on line, sia nella "Amministrazione Trasparente".

Orbene, anche se nei successivi paragrafi si avrà cura di considerare come queste attività di "messa on line" siano ad oggi poste in essere mediante appositi *software* informatici (e come proprio questa modalità, automatica ed acritica, sia alla origine di evidenti rischi legati alla violazione della riservatezza ed all'illecito trattamento dei dati personali), l'onere di doppia pubblicazione si riverbera in una vera e propria "duplicazione procedimentale", che potrebbe essere agevolmente risolta mediante una integrazione (tramite accorpamento selettivo) delle due sezioni, Albo Pretorio on line ed "Amministrazione Trasparente": è d'altronde inutile e dispendioso mantenere separati due *repository* che, seppure aventi differente genesi temporale e normativa, ad oggi assolvono ad una medesima funzione informativa, di conoscenza e certazione.

#### **4. L'adempimento ed il controllo sugli obblighi di pubblicazione e trasparenza, nel rispetto della protezione dei dati personali: attribuzioni, competenze e responsabilità**

Arrivati a questo punto dell'analisi, la fattispecie sanzionata dalla ordinanza-ingiunzione del Garante deve essere considerata criticamente, in termini di "controllo"<sup>[38]</sup> operato:

1. sui flussi documentali ed informativi che alimentano le sezioni "Albo Pretorio on line", ed "Amministrazione Trasparente", all'interno dei siti web istituzionali dei Comuni (e delle altre pubbliche amministrazioni);
2. sul rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali (GDPR, e Codice della Privacy) che deve essere assicurato nel momento in cui ciascun Comune (e ciascuna pubblica amministrazione) gestisce i predetti flussi documentali, allo scopo di adempiere agli obblighi di

pubblicazione e trasparenza sino a qui esaminati.

A chi compete all'interno dei Comuni italiani la funzione di controllare i flussi documentali, e soprattutto i relativi contenuti, che sono pubblicati nell'Albo Pretorio on line ed all'interno della "Amministrazione Trasparente" ?

Gli enti locali che a norma dell'art. 124 TUEL, e dell'art. 32, legge n. 69 del 2009, devono dotarsi dell'Albo Pretorio on line adottano – allo scopo di individuare tale competenza – un provvedimento organizzativo: normalmente si tratta di un regolamento interno, con il quale viene definita la concreta organizzazione di questo servizio.

Di norma questo regolamento definisce altresì le responsabilità ed i poteri di controllo, pur sempre correlati alla gestione del servizio, attribuiti ai dirigenti/funzionari ovvero al segretario: l'adozione di un regolamento garantisce di adeguare l'organizzazione alle necessità ed alle possibilità del singolo ente locale.

Organizzazione differente, ma uniforme, vale invece per la sezione "Amministrazione Trasparente": qui è infatti già il d.lgs. n. 33 del 2013 a recare indicazioni specifiche, sia in merito alla gestione degli obblighi di pubblicazione, sia in ordine alle connesse responsabilità, vigilanza, sanzioni e controlli.

Il d.lgs. n. 33, in primo luogo, istituisce una apposita figura soggettiva quale vero e proprio *dominus* della "trasparenza": ad esso è dedicato l'intero Capo VI (Vigilanza sull'attuazione delle disposizioni e sanzioni), che si apre con l'art. 43, espressamente rubricato "Responsabile per la trasparenza".

La figura del "Responsabile per la trasparenza" combacia di norma, ai sensi dell'art. 43, comma 1, con quella del "Responsabile per la prevenzione della corruzione"<sup>[39]</sup>, ed esercita le seguenti competenze: «*svolge stabilmente un'attività di controllo sull'adempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, assicurando la completezza, la chiarezza e l'aggiornamento delle informazioni pubblicate, nonché segnalando [...] i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione*» (art. 43, comma 1, d.lgs. n. 33 del 2013)<sup>[40]</sup>.

Di regola negli enti locali questa posizione è ricoperta dal segretario comunale, o dal funzionario apicale/dirigente di uno specifico ufficio/servizio (ad esempio "segreteria", "affari generali"): egli è quindi posto a capo del flusso documentale

che origina dai responsabili delle singole aree/settori amministrativi, vale a dire dai responsabili dei procedimenti amministrativi che costituiscono la fonte dei dati e dei documenti pubblicati on line; congiuntamente, i dirigenti responsabili di ciascuna area/settore amministrativo ed il “Responsabile per la trasparenza” controllano ed assicurano la legittima applicazione del d.lgs. n. 33 del 2013.

La possibilità della designazione, negli enti locali, di un funzionario apicale/dirigente amministrativo diverso dal segretario, come “Responsabile per la trasparenza”, va considerata tenendo presente l’art. 1, comma 7, legge n. 190 del 2012: *«negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione»*<sup>[41]</sup>.

Se infatti il ruolo di “Responsabile della prevenzione della corruzione” deve essere affidato al segretario comunale, e i due incarichi (“Responsabile per la trasparenza”, e “Responsabile della prevenzione della corruzione”) devono essere assegnati allo stesso soggetto (ai sensi dell’art. 43, d.lgs. n. 33 del 2013), la logica conseguenza è che le due figure – almeno negli enti locali – coesistano nella persona del segretario comunale<sup>[42]</sup>.

Ciò d’altronde da un lato evita che si inneschi una dinamica in cui il “controllore” sia anche il “controllato” – con riferimento al rapporto tra funzionario apicale/dirigente e segretario comunale – certamente contraddittoria della autonomia che deve connotare le due figure soggettive, e le relative funzioni. D’altro canto la coesistenza – nell’unica figura del segretario comunale – delle funzioni di responsabile della trasparenza e di responsabile della prevenzione della corruzione, postulano che tale soggetto riponga molta cura ed attenzione nell’adempimento di entrambe le competenze e responsabilità.

Questa analisi organizzativa consente ora di procedere innanzi nello scritto, ponendo e rispondendo alla seguente domanda.

Di fronte ad un comportamento illecito come quello posto in essere – nel trattamento dei dati personali contenuti all’interno di documenti pubblicati on line – dal Comune di Montevago, la questione, in termini di “controllo”, è la seguente: quale soggetto avrebbe dovuto controllare che i documenti, pubblicati all’interno del sito web istituzionale del Comune, non recassero dati personali la cui diffusione contrastava con il GDPR ed il Codice della Privacy?

Sulla scorta delle precedenti considerazioni, relative alla individuazione dei

soggetti a ciò competenti, in entrambi i casi (Albo Pretorio online, e “Amministrazione Trasparente”) la responsabilità del controllo grava di norma sul segretario comunale.

Si tratta di una attribuzione che si assomma alle funzioni – a dire il vero estremamente generali – che sono ad oggi conferite, a norma dell’art. 97, TUEL, a tale soggetto.

Spetta infatti al segretario svolgere compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell’ente, ed in ordine alla legittimità dell’azione amministrativa; sovrintendere allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e coordinarne l’attività (salvo che nell’ente locale sia presente il “direttore generale”, e tale figura non coincida ovviamente con lo stesso segretario); partecipare, con funzioni consultive, referenti e di assistenza, alle riunioni del Consiglio e della Giunta, curandone la verbalizzazione; rogare, su richiesta del Sindaco o dei dirigenti, ogni contratto di cui l’ente è parte.

## **5. La concreta implementazione della pubblicità e della trasparenza amministrativa: persone vs. software ed algoritmi ?**

Se ora l’analisi transita dalla individuazione formale dei soggetti deputati all’adempimento ed al controllo degli obblighi di pubblicità e trasparenza alla considerazione – in concreto – di come, con quali modalità, tali soggetti esercitano queste competenze e funzioni, si presentano evidenze nuove ed interessanti, che si riverberano direttamente anche sul versante del rispetto della normativa (europea e nazionale) in materia di trattamento e protezione dei dati personali.

In primo luogo il ruolo del “Responsabile per la trasparenza” (ruolo che si è visto essere centrale, nei compiti di adempimento e controllo) è decisamente dequotato: ciò a causa della implementazione, nella quasi totalità degli enti locali, di sistemi di gestione informatizzata dei documenti<sup>[43]</sup>.

Più in particolare questa gestione consiste di un «*insieme di procedure e di strumenti finalizzati ad assicurare un controllo sistematico sulla registrazione, classificazione, fascicolazione, gestione, assegnazione, reperimento, tenuta, selezione e conservazione dei documenti attraverso risorse di calcolo, apparati, reti di*

*comunicazione e procedure informatiche»*<sup>[44]</sup>.

Compiti e verifiche che, in assenza di sistemi di questo tipo, sarebbero gravati (e tuttora graverebbero) materialmente sul “Responsabile della trasparenza” e che invece sono ad oggi realizzati per mezzo degli algoritmi, propri di specifici applicativi informatici.

Concretamente il soggetto (funzionario, dirigente, segretario comunale) che compila e computa correttamente i passaggi di cui si compone l’applicativo informatico, genera un flusso documentale e di dati formalmente corretto, al fine della pubblicazione sul sito web istituzionale, sia che questa avvenga poi all’interno dell’Albo Pretorio on line, ovvero in “Amministrazione Trasparente”. Così presidiando adeguatamente il flusso documentale – ed evitando illegittimità, nel novero dei documenti e delle informazioni che devono essere immesse on line e nel trattamento dei dati personali ivi contenuti, come quelle di cui all’ordinanza-ingiunzione da cui ha preso le mosse lo scritto – la trasparenza amministrativa si risolverebbe, nei fatti, in un mero adempimento formale, attuabile semplicemente per mezzo degli algoritmi comuni ad ogni software gestionale, a tal fine utilizzato nelle pubbliche amministrazioni.<sup>[45]</sup>

Da una semplice ricerca sul web risulta evidente come le “software house” che offrono questi tipi di servizi agiscono, soprattutto in questi ultimi anni, in regime di sostanziale oligopolio<sup>[46]</sup>.

Tra i principali operatori economici figurano “Zucchetti spa” e “Maggioli spa” (la quale ultima può vantare una percentuale di ricavi, realizzata con i clienti del settore, pari al 90%, per l’anno 2015)<sup>[47]</sup>, assieme ad altri gruppi ed aziende che dimostrano risultati, derivanti dalle vendite e dalle prestazioni realizzate nel “settore PA”, nell’anno 2015 ed in Italia, fino a 100 milioni di euro<sup>[48]</sup>.

Il risvolto economico della “operazione trasparenza” è dunque evidente: sono stati riversati sugli enti locali, dall’anno 2009 ad oggi, oneri di pubblicazione ed informazione estremamente gravosi, *sub specie* di “pubblicità e trasparenza amministrativa”, la cui gestione è agevole per mezzo di costosi applicativi informatici, e non invece destinando a tale compito (di prima implementazione, progressiva cura ed aggiornamento) un apparato organizzativo interno all’ente locale, a ciò espressamente formato (almeno in termini giuridici-politologici-economici).

Il fatto – ed è qui che il processo organizzativo “mostra la corda”, le proprie

profonde criticità – è che il flusso documentale ed informativo digitalizzato per mezzo di questi applicativi necessita di una legittimità e liceità “qualitativa”, in specie in termini di rispetto della disciplina in materia di trattamento dei dati personali: questi presupposti non possono tuttavia essere adeguatamente assicurati da un soggetto, chiamato fisicamente a “governare” l’automatismo informatico, che non sia adeguatamente ed attentamente formato a comprendere e implementare questa “governance”.

In assenza di questi presupposti, infatti, il risultato finale (la omessa pubblicazione di documenti ed informazioni che il Comune ha l’obbligo di pubblicare; la pubblicazione di documenti ed informazioni in violazione del diritto alla riservatezza dei dati personali) non può che consistere in una attività illegittima ed illecita.

Se, in sostanza, la sezione “Amministrazione Trasparente” e l’Albo Pretorio on line vengono gestiti per mezzo degli stessi processi organizzativi ed informatizzati, è decisamente probabile che durante la pubblicazione dei documenti e delle informazioni vengano poste in essere, e ripetute, illegittimità ed illiceità oggetto di attenzione e sanzione da parte delle competenti Autorità di settore (ANAC e Garante della Privacy).

Da qui la convinzione, non auspicabile ma probabile, che una illiceità come quella sanzionata dal Garante nell’ordinanza-ingiunzione esaminata, e riferita all’Albo Pretorio on line, costituisca soltanto la prima di innumerevoli altre fattispecie analoghe e tuttavia riferibili alla “Amministrazione Trasparente” (ove, come si è innanzi osservato, gli obblighi di pubblicità e trasparenza risultano geometricamente moltiplicati rispetto a quelli riferibili soltanto all’Albo Pretorio on line).

Un vero e proprio effetto di amplificazione non certo commendevole per ogni pubblica amministrazione attenzionata e, eventualmente, anche sanzionata.

## **6. Uno sguardo al potere di vigilanza esercitato da ANAC**

ANAC esercita il proprio potere di vigilanza<sup>[49]</sup> sia d’ufficio che su segnalazione (art. 45, d.lgs. n. 33 del 2013)<sup>[50]</sup>.

Nell’ambito dell’attività di vigilanza avviata d’ufficio, nell’anno 2015 l’Autorità ha complessivamente trasmesso 37 “richieste di adeguamento agli obblighi

## CERIDAP

normativi”<sup>[51]</sup>, nei confronti di amministrazioni pubbliche, enti e società in controllo e partecipazione pubblica.

Come si evince dalla tabella di seguito riportata, le “richieste di adeguamento” trasmesse alle amministrazioni hanno riguardato in particolare il comparto degli ordini e collegi professionali, dei Comuni e degli altri enti pubblici locali (Province, altri enti pubblici dipendenti da Comuni, Province e Regioni).

| <b>Comparto</b>                                     | <b>Numero</b> | <b>%</b>      |
|---|---------------|---------------|
| Ordini e collegi professionali                      | 18            | 48,6%         |
| Comuni  | 7             | 18,9%         |
| Enti pubblici locali                                | 4             | 10,8%         |
| Società in controllo pubblico                       | 3             | 8,1%          |
| Regioni   | 1             | 2,7%          |
| Ministeri   | 1             | 2,7%          |
| Enti pubblici nazionali                             | 1             | 2,7%          |
| Enti di diritto pubblico non territoriali           | 1             | 2,7%          |
| Altri enti di diritto privato in controllo pubblico | 1             | 2,7%          |
| <b>Totale</b>                                       | <b>37</b>     | <b>100,0%</b> |

Tabella 1: Numero di “richieste di adeguamento” trasmesse alle amministrazioni.

Fonte: ANAC, Relazione annuale 2015, Tabella 5.4.

La vigilanza su segnalazione, ancora nell’anno 2015, è invece avvenuta attraverso la piattaforma web di comunicazione con il cittadino denominata “Campagna trasparenza”.



Ad oggi la suddetta piattaforma web – che ha permesso all’Autorità di redigere una mappatura puntuale degli elementi di origine ed identificativi delle segnalazioni, al fine di intervenire sulle amministrazioni in maniera organica e con adeguata programmazione – risulta tuttavia sospesa.

A seguito della emanazione del d.lgs. n. 97 del 2016, che ha novellato il d.lgs. n. 33 del 2013, ANAC – con propria deliberazione n. 831, del 3 agosto 2016 – ha approvato il “Piano Nazionale Anticorruzione 2016”: ivi, al paragrafo dedicato alla trasparenza (7.1)<sup>[52]</sup>, si precisa che nel periodo transitorio, conseguente alla sospensione della predetta “piattaforma web”, l’attività di vigilanza avrà ad oggetto soltanto gli obblighi di pubblicazione non modificati dal d.lgs. n. 97 del 2016. L’attività di vigilanza sui nuovi obblighi, e su quelli oggetto di modifica da parte del d.lgs. n. 97, sarà invece svolta (*rectius*, avrebbe dovuto essere svolta) a partire dalla fase immediatamente successiva al termine del periodo di adeguamento<sup>[53]</sup>.

L’Autorità ha ritenuto quindi di dover sospendere l’accesso alla piattaforma web “Campagna trasparenza” e la sua operatività, nelle more delle modificazioni necessarie a rendere il sistema conforme alle nuove disposizioni normative di cui al d.lgs. n. 97 del 2016.

Ad oggi tuttavia il servizio è ancora “temporaneamente sospeso”, ed ivi si rimanda al link “Segnalazioni in materia di Trasparenza (d.lgs. n. 33 del 2013)”, disponibile alla pagina web “Comunica con l’Autorità”: la conseguenza è che le eventuali segnalazioni dei cittadini potranno essere trasmesse all’Autorità soltanto utilizzando la relativa casella istituzionale di posta elettronica certificata (PEC): procedimento di certo meno agevole ed accessibile, rispetto alla semplice compilazione di un modulo online (*form*) a ciò espressamente dedicato, all’interno della sezione “Campagna trasparenza” del sito ANAC.

A conferma di questo (vale a dire della maggiore fruibilità e fruizione della piattaforma dedicata, rispetto alla casella “PEC”) le “richieste di intervento” dell’Autorità – per il rispetto degli obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali, da parte delle amministrazioni e di tutti gli enti soggetti alla normativa sulla trasparenza – sono complessivamente aumentate, nell’anno 2015, rispetto all’anno precedente: i “moduli di segnalazione” trasmessi tramite la piattaforma web “Campagna trasparenza” hanno infatti avuto un incremento pari addirittura al 90% rispetto all’anno 2014 (1.435 segnalazioni nel 2015, con riferimento a 542

amministrazioni/enti: la percentuale delle amministrazioni/enti segnalati è cresciuta del 59%).

L'83,5% delle segnalazioni ha avuto a oggetto (presunte) violazioni di "specifici obblighi di pubblicazione", mentre nel 16,5% dei casi è stata rilevata la totale "assenza" (7%) o la "carenza generalizzata" (9,5%) della sezione "Amministrazione Trasparente".

Ancora nell'anno 2015 l'Autorità ha istruito 135 procedimenti, nell'ambito della propria attività di "vigilanza su segnalazione". Da questi procedimenti istruttori è dato evidenziare:

- a) 34 casi di archiviazione, per intervenuto adeguamento della violazione segnalata;
- b) 101 casi, in cui le amministrazioni ed enti non hanno rispettato gli obblighi di pubblicazione.

In queste ultime fattispecie, ANAC ha pertanto richiesto agli enti ed alle pubbliche amministrazioni l'adeguamento alle previsioni del d.lgs. n. 33 del 2013. Le richieste sono state trasmesse, per la maggior parte, ad amministrazioni comunali (61,3%), ed a società in controllo pubblico (10,9%): si tratta in particolare di amministrazioni con sede nella Campania (20,8%), nel Lazio (17,6%), in Puglia e in Sicilia (rispettivamente 9,9% e 8,9%).

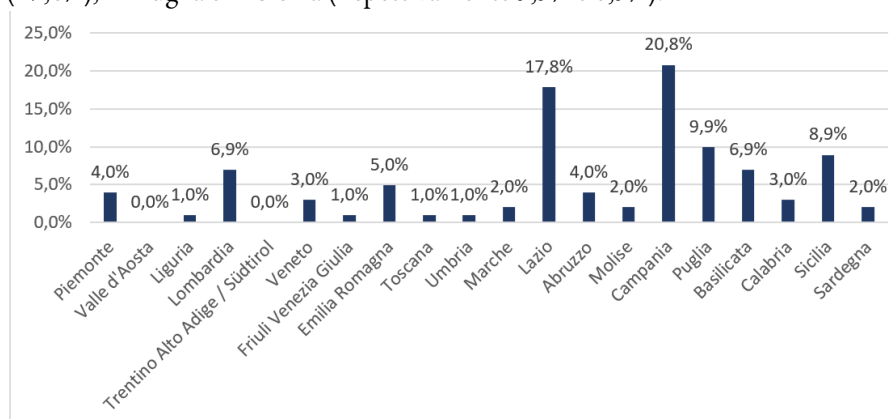


Grafico 1: "Richieste di adeguamento" trasmesse da ANAC alle amministrazioni/enti per l'anno 2015.

Fonte dati: ANAC, Relazione Annuale 2015, Tabella 5.8. - Elaborazione propria.

## **7. La formazione ICT del personale, nelle pubbliche amministrazioni italiane, come grandezza predittiva dell'osservanza degli obblighi di pubblicazione e trasparenza, e del rispetto della disciplina normativa in materia di *privacy***

Le considerazioni svolte nel precedente par. 5, ed i dati evidenziati nel par. 6, dimostrano che al fine di non incorrere nelle procedure istruttorie e sanzionatorie dell'ANAC è fondamentale, da parte del personale impiegato nelle pubbliche amministrazioni, la padronanza dello strumento informatico che viene utilizzato per la pubblicazione on line dei documenti e delle informazioni.

Da qui la necessità che le pubbliche amministrazioni formino il proprio personale nella conoscenza e nell'utilizzo delle tecnologie informatiche.

La ricerca e l'analisi dei dati in materia di formazione ICT del personale, che lavora alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche italiane, dimostrano tuttavia una digitalizzazione ancora decisamente parziale e limitata.

A conferma di ciò sta in primo luogo l'indice "DESI"<sup>[54]</sup>, elaborato dalla Commissione Europea: tale indice valuta specifici "indicatori" relativi alla "performance digitale europea"<sup>[55]</sup>, e traccia l'evoluzione del percorso degli Stati membri nella rispettiva "competitività digitale".

La relativa graduatoria vede l'Italia<sup>[56]</sup> posizionata, nell'anno 2020, al quartultimo posto, appena prima di Romania, Grecia e Bulgaria.

Componente importante nella determinazione dell'indice è la valutazione della "attitudine" del "capitale umano" nei confronti del mezzo internet: ai fini del calcolo del "DESI" sono infatti tenute in considerazione sia le "internet-skills" dell'utente medio, sia la sua capacità di svilupparne di nuove.

Per l'Italia la componente "*human capital*" della digitalizzazione è, come si può evincere dal grafico di seguito riportato, quella che cresce a ritmo più lento rispetto alle altre "componenti" dell'indice "DESI".

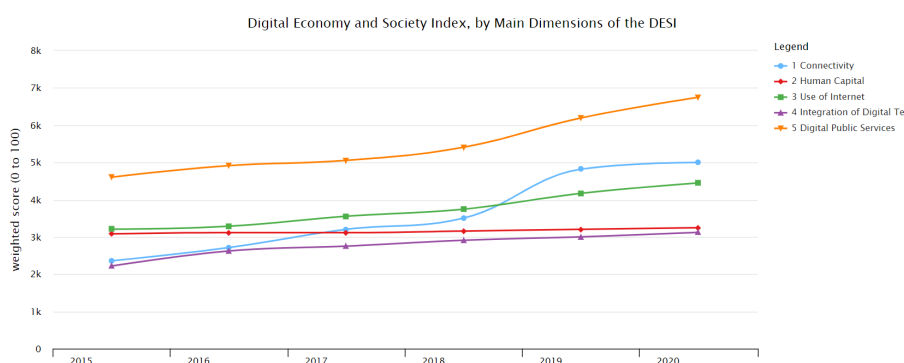


Grafico 2: Digital Economy and Society Index (DESI), by Main Dimensions of the DESI.

Fonte: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>.

Questa evidenza quantitativa, sebbene riferita al complesso della società italiana, non può non riflettersi anche sul personale impiegato all'interno della pubblica amministrazione (che appartiene, come suo sotto-insieme, a questa componente sociale generale), in specie considerando il fatto che rispetto ai corrispondenti “pubblici uffici” degli altri Stati membri l'Italia detiene il più basso tasso percentuale di dipendenti sotto i 35 anni (2%, contro il 18% della media OCSE), e la più alta percentuale di dipendenti sopra i 54 anni (45%, contro il 22% della media OCSE)<sup>[57]</sup>.

Senza volere asserire che ad una maggiore età anagrafica corrisponda sempre e necessariamente una minore attitudine all'uso delle tecnologie digitali, nel processo di formazione ICT del proprio personale le pubbliche amministrazioni dovranno comunque tenere conto dell'elevata età media dei dipendenti: mentre da un lato tale dato anagrafico può infatti certamente esprimere un'approfondita esperienza e conoscenza dei processi interni all'ente, dall'altro esso può incidere negativamente sulle relative abilità informatiche possedute<sup>[58]</sup>.

A ciò si aggiunge un ulteriore elemento di criticità, pur sempre legato alla digitalizzazione del personale delle pubbliche amministrazioni: il “fattore culturale”.

Si tratta di un aspetto preso in considerazione e quantificato da Deloitte Digital, che ha condotto un'indagine intervistando 1.200 funzionari pubblici in 70 Paesi, e 130 dirigenti governativi ed esperti del settore<sup>[59]</sup>.

Questa analisi è stata presa espressamente in considerazione durante la seduta del

17 gennaio 2017, da parte della “Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione”<sup>[60]</sup> istituita – nella XVII legislatura – presso la Camera dei Deputati.

L’analisi offre uno spunto interessante per ricostruire un quadro internazionale volto ad inquadrare l’operato di differenti Stati nel condurre, “in viaggio” verso la digitalizzazione, la società e le pubbliche amministrazioni, e per identificare alcuni fattori critici di questo processo di trasformazione<sup>[61]</sup>.

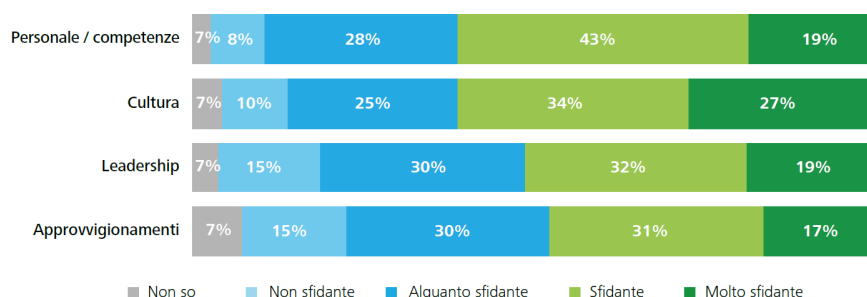
Lo studio condotto da Deloitte Digital parte dal presupposto che la “maturità digitale” di un’organizzazione si basa su tre “pilastri”: le “persone”, i “processi” e la “capacità di azione”<sup>[62]</sup>.

La “maturità digitale” di un’organizzazione è influenzata da diverse “componenti”: tra di esse la sua “strategia digitale”, la “*leadership* nel processo di transizione”, l’obiettivo dello “sviluppo delle competenze del personale”, la “attenzione all’utente” ed una “cultura” tesa a favorire la trasformazione digitale.

Nella fase iniziale della “maturazione digitale” di un’organizzazione sussiste una decisa “avversione al rischio (del cambiamento)”, vale a dire la precisa sensazione di stare “sfidando norme culturali” consolidate, andando così a modificare lo *status quo*: gli agenti della, e nella, organizzazione sono meno disposti a sperimentare nuovi approcci di organizzazione del lavoro, e sono più lenti ad innovare e collaborare tra di loro utilizzando le tecnologie digitali.

Agli intervistati è stato poi chiesto di classificare le aree in cui la “transizione digitale” è ritenuta maggiormente “difficile da gestire”; i dati ottenuti, e di seguito evidenziati, sono emblematici: proprio la “cultura” è vista come area di cambiamento particolarmente arduo, stante il fatto che il 27% degli intervistati asserisce come, in questo ambito, il livello di “sfida” sia molto elevato.

## CERIDAP



Grafica: Deloitte University Press | DUPress.com

Grafico 3: “Livello di sfida”, rappresentato per “area”.

Fonte: Deloitte University Press (indagine globale di Deloitte Digital sulla trasformazione digitale).

La “componente culturale” è quindi un importante ostacolo alla “transizione digitale” in seno alle pubbliche amministrazioni: questa circostanza esita di conseguenza in una forte resistenza del personale all’utilizzo delle nuove tecnologie, e dunque anche all’utilizzo di piattaforme e software deputate a gestire, all’interno di ogni organizzazione, il flusso documentale informatico.

Al fine di superare questa resistenza è importante, per i responsabili o i dirigenti<sup>[63]</sup> incaricati di sviluppare questi processi innovativi, incarnare una *leadership* “pronta a sostenere la transizione”, e consapevole del fatto che le competenze digitali sono e saranno progressivamente il futuro nella vita di ogni giorno, così come nel proprio ambiente di lavoro.

Ancora secondo lo studio di Deloitte Digital, l’ente che intende e può migliorare le competenze dei propri dipendenti è infatti quello che vanta la presenza di una *leadership* essa stessa formata e competente, nell’ambito digitale.

In ambiti nei quali i dirigenti sono esperti di tecnologie digitali sussiste infatti una maggiore propensione a fornire – tratteggiando – risorse (di conoscenza e strumentali) ai propri dipendenti, per svilupparne le competenze ICT<sup>[64]</sup>.

Il grafico seguente illustra quantitativamente questo rapporto di proporzionalità diretta, tra competenza digitale della *leadership* e trasmissione di questa competenza ai membri della organizzazione<sup>[65]</sup>.



Grafica: Deloitte University Press | DUPress.com

Grafico 4: Leadership e Competenze del personale.

Fonte: Deloitte University Press (indagine globale di Deloitte Digital sulla trasformazione digitale).

Oltre all'arretratezza in termini di “*digital skills*”, la sottovalutazione del “fattore culturale” costituisce una grave mancanza ed un errore progettuale, nella adeguata formazione del personale guidato alla “transizione digitale”: circostanza che vale sia nei confronti di coloro che bisogna formare (il personale), sia di chi deve predisporre tale formazione (i dirigenti)<sup>[66]</sup>.

Sulla base di queste premesse è ora possibile considerare alcuni dati più specifici,

relativi alla formazione ICT del personale nelle pubbliche amministrazioni italiane.

La media italiana di istituzioni pubbliche, a livello locale, che hanno organizzato “attività di formazione” per il proprio personale nell’anno 2015<sup>[67]</sup>, è pari al 49,96%<sup>[68]</sup>.

Geograficamente ripartita, questa percentuale varia molto a seconda della “zona di riferimento”:

- il valore massimo corrisponde alle Regioni del Nord-Est (Trentino-Alto Adige, Veneto, Friuli-Venezia Giulia, Emilia-Romagna) con una percentuale media del 76,98%;
- il valore minimo si rintraccia nelle Regioni del Sud (Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria) con un valore medio pari al 30,01%;
- il valore più elevato appartiene al Trentino-Alto Adige con l’81,6%; quello inferiore alla Calabria con il 16,01%.

Di seguito tali dati vengono sintetizzati graficamente per “aree geografiche di riferimento”, e per “singole Regioni”.

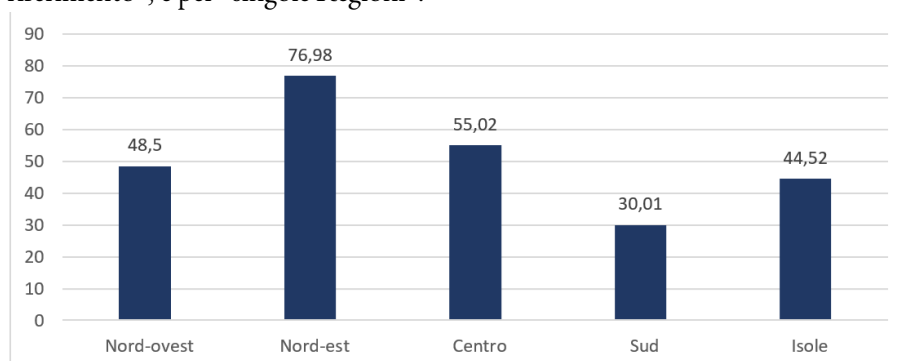


Grafico 5a: Rilevazione, per aree geografiche, delle istituzioni pubbliche locali che hanno organizzato o finanziato attività di formazione per il proprio personale, nel corso dell’anno 2015 (incidenza %).

Fonte: Dati Istat: <http://dati.statistiche-pa.it/> - Elaborazione propria.



## CERIDAP

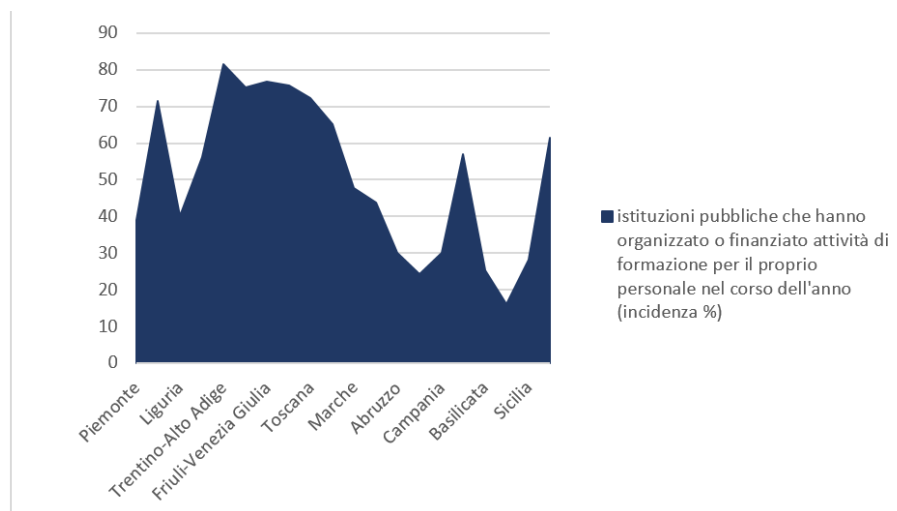


Grafico 5b: Rilevazione, per singole Regioni italiane, delle istituzioni pubbliche locali che hanno organizzato o finanziato attività di formazione per il proprio personale, nel corso dell'anno 2015.

Fonte: Dati Istat: <http://dati.statistiche-pa.it/> - Elaborazione propria.

Un ulteriore elemento utile a questa indagine è valutare quale sia la percentuale di dipendenti, delle pubbliche amministrazioni locali, che hanno partecipato a specifici “corsi di formazione ICT” nel corso di un anno.

Il *trend* è sconsolante: si evidenzia, ancora principalmente nelle Regioni del Sud, una percentuale di partecipazione che scende addirittura ad un valore infimo (2%, Campania).

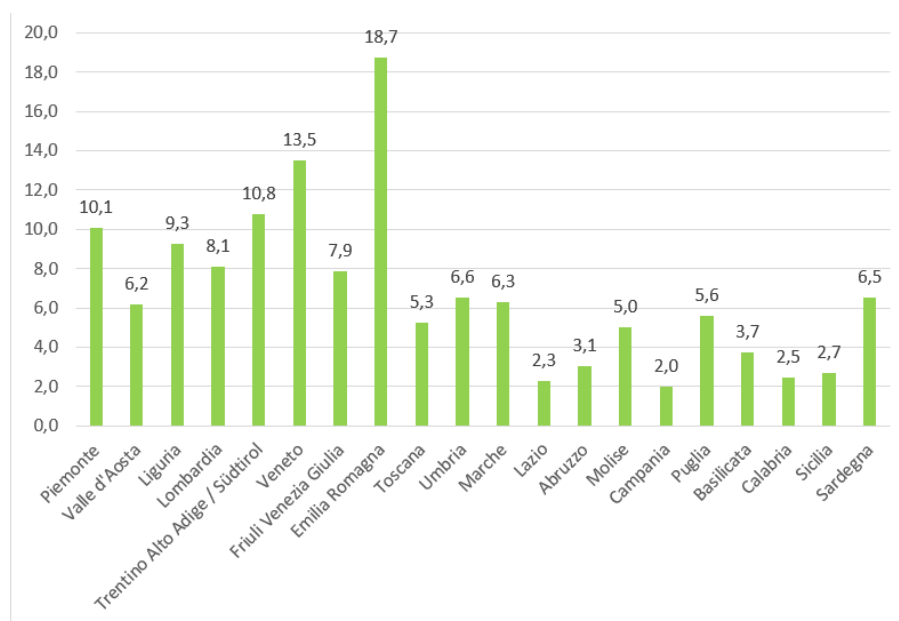


Gráfico 6: Percentuale di dipendenti che hanno seguito corsi di formazione nei Comuni, raggruppati per Regione.

F o n t e :

[http://formazione.formez.it/sites/all/files/syllabus\\_competenze\\_digitali\\_bozza\\_in\\_consultazione.pdf](http://formazione.formez.it/sites/all/files/syllabus_competenze_digitali_bozza_in_consultazione.pdf) - Tavola 2b: Comuni che nel corso dell'anno precedente hanno organizzato attività formative ICT e dipendenti che hanno seguito corsi di formazione, per Regione e classe di ampiezza demografica - Anno 2015.

Elaborazione propria.

Ora, per valutare se e come la carenza di “formazione ICT” incida sugli adempimenti riferiti all’attuazione del principio di “trasparenza”, e agli “obblighi di pubblicazione” ad esso collegati, è possibile confrontare da un lato il *set* di dati, raggruppati per Regione, che identifica la percentuale di dipendenti che hanno seguito corsi di formazione nei Comuni; d’altro lato, il *set* di dati riguardante il numero di “richieste di adeguamento” trasmesse da ANAC alle amministrazioni/enti per l’anno 2015, a seguito dell’esercizio della propria attività di vigilanza.

Gli esiti di questa correlazione sono presentati nella seguente tabella:

CERIDAP

| <b>Regione di appartenenza</b> | <b>Percentuale di dipendenti che hanno seguito corsi di formazione ICT</b> | <b>Numero di richieste di adeguamento trasmesse da ANAC alle amministrazioni</b> |
|--------------------------------|--|--|
| <b>Nord-ovest</b>              |  |  |
| Piemonte                       | 10,1%  | 4  |
| Valle d'Aosta                  | 6,2%   | 0  |
| Liguria                        | 9,3%   | 1  |
| Lombardia                      | 8,1%   | 7  |
| <b>Nord-est</b>                |  |  |
| Trentino-Alto Adige / Südtirol | 10,8%  | 0  |
| Veneto                         | 13,5%  | 3  |
| Friuli-Venezia Giulia          | 7,9%   | 1  |
| Emilia-Romagna                 | 18,7%  | 5  |
| <b>Centro</b>                  |  |  |
| Toscana                        | 5,3%   | 1  |
| Umbria                         | 6,6%   | 1  |
| Marche                         | 6,3%   | 2  |
| Lazio                          | 2,3%   | 18   |
| <b>Sud</b>                     |  |  |

## CERIDAP

|              |      |    |
|--------------|------|----|
| Abruzzo      | 3,1% | 4  |
| Molise       | 5,0% | 2  |
| Campania     | 2,0% | 21 |
| Puglia       | 5,6% | 10 |
| Basilicata   | 3,7% | 7  |
| Calabria     | 2,5% | 3  |
| <b>Isole</b> |      |    |
| Sicilia      | 2,7% | 9  |
| Sardegna     | 6,5% | 2  |

Tabella 2

Fonti: ANAC, Relazione annuale 2015 - Tabella 5.8

[http://formazione.formez.it/sites/all/files/syllabus\\_competenze\\_digitali\\_bozza\\_in\\_consultazione.pdf](http://formazione.formez.it/sites/all/files/syllabus_competenze_digitali_bozza_in_consultazione.pdf) - Tavola 2b - Comuni che nel corso dell'anno precedente hanno organizzato attività formative ICT e dipendenti che hanno seguito corsi di formazione, per Regione e classe di ampiezza demografica - Anno 2015.

Elaborazione propria.

Le due variabili, così definite, possono essere ritenute moderatamente correlate “in senso negativo” posto che il “coefficiente di correlazione” – fra le due – equivale ad un valore pari a “-0,39968”<sup>[69]</sup>: ciò significa che al variare (in positivo o negativo) di una variabile, la seconda tenderà a comportarsi in misura inversa.

L'andamento delle due variabili appare ancora più evidente se la loro correlazione è considerata sugli assi cartesiani.

Esempio emblematico di ciò sono le Regioni Emilia-Romagna e Campania: per la prima, a fronte di una percentuale di dipendenti che hanno seguito “corsi di

formazione ICT” pari al 18,7%, sussiste un numero di “richieste di adeguamento”, trasmesse da ANAC, notevolmente basso (5).

Nel secondo caso l’andamento è invece opposto: la prima variabile si attesta ad uno scarso 2%, la seconda invece raggiunge il picco di 21 “richieste di adeguamento” da parte di ANAC.

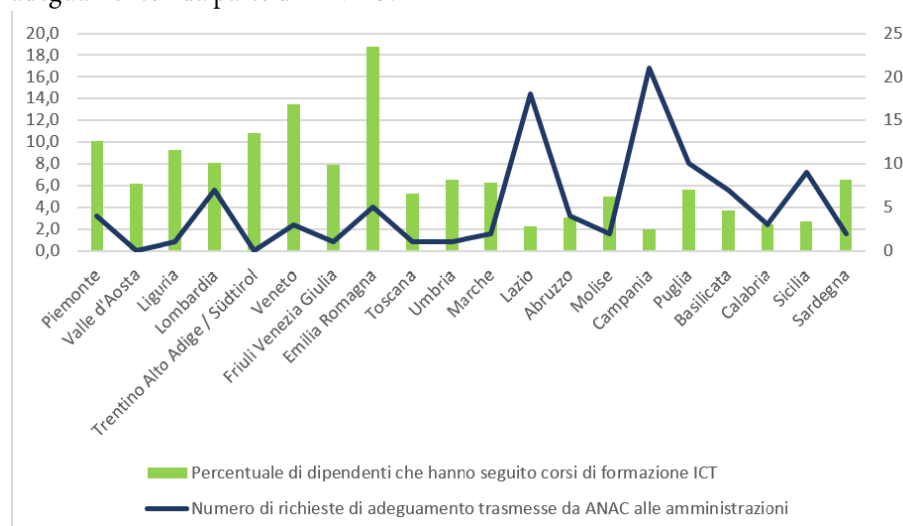


Grafico 7

Fonti: ANAC, Relazione annuale 2015 - Tabella 5.8

[http://formazione.formez.it/sites/all/files/syllabus\\_competenze\\_digitali\\_bozza\\_in\\_consultazione.pdf](http://formazione.formez.it/sites/all/files/syllabus_competenze_digitali_bozza_in_consultazione.pdf) - Tavola 2b - Comuni che nel corso dell'anno precedente hanno organizzato attività formative ICT e dipendenti che hanno seguito corsi di formazione, per Regione e classe di ampiezza demografica - Anno 2015.

Elaborazione propria.

I dati dimostrano dunque la seguente asserzione: una assai carente formazione ICT del proprio personale esita spesso in inadempimenti della normativa vigente in materia di obblighi di pubblicità e trasparenza; all’opposto, una consistente formazione ICT si riverbera in termini di limitata violazione dei medesimi obblighi.

La motivazione si giustifica mediante la considerazione del “mezzo” (la “macchina” informatica e non la persona fisica) ad oggi concretamente utilizzato per pubblicare on line, all’interno del proprio sito web istituzionale, i documenti e le informazioni imposte dalla legge n. 69 del 2009 (Albo Pretorio on line), e dal d.lgs. n. 33 del 2013 (Amministrazione Trasparente).

Nel momento in cui tali obblighi assumono infatti la veste di un adempimento formale, al quale è possibile assolvere per mezzo di applicativi informatici, l'assenza di competenze ICT (unitamente alla resistenza ad acquisirne di nuove) conducono il dipendente pubblico a porre in essere atti e comportamenti amministrativi illegittimi – sanzionabili, e spesso sanzionati, dalle competenti Autorità di garanzia – sia nella gestione dei flussi documentali ed informativi correlati all'adempimento degli obblighi di pubblicità e trasparenza sia, e addirittura, nell'inadempimento generale a questi stessi obblighi.

L'analisi sino a qui svolta non sarebbe completa senza considerare in fine se e come analoga correlazione, “in senso negativo”, opera nel rapporto, da un lato, tra la “disponibilità” alla competenza digitale ed alla specifica formazione ICT del personale investito dei processi organizzativi in materia di pubblicità e trasparenza on line e, d'altro lato, la capacità – da parte del medesimo personale – di conoscere dapprima, e di poi applicare correttamente, la vigente disciplina normativa (GDPR, e “Codice della Privacy”) in materia di trattamento e tutela della riservatezza dei dati personali.

Ed anzi gli effetti in termini di rispetto della disciplina in materia di trattamento dei dati personali sono probabilmente quelli che più dimostrano la correlazione illustrata: il dipendente pubblico che non gestisce in maniera competente ed attenta il flusso documentale pubblicato on line per mezzo dell'automatismo implementato dal software informatico – poiché egli non è formato, o non è formato in maniera adeguata al suo utilizzo – può seriamente compromettere il diritto alla riservatezza dei soggetti le cui informazioni personali, e dati sensibili, vengono coinvolti (trattati) all'interno dei documenti e delle informazioni pubblicate on line.

Tali effetti risultano vieppiù amplificati dal fatto che gli obblighi di pubblicazione riferibili alla sezione “Amministrazione Trasparente”, come prima osservato, sono moltiplicati rispetto a quelli riconducibili soltanto alla sezione “Albo Pretorio on line”.

Potrebbe quindi verificarsi in futuro, e con motivata probabilità, che provvedimenti sanzionatori come quello riferito al Comune di Montevago siano emanati dal Garante della Privacy anche per la violazione dei principi di trattamento dei dati personali contenuti all'interno di documenti ed informazioni pubblicati nella sezione “Amministrazione Trasparente”, del sito

web istituzionale di ogni pubblica amministrazione, a norma e per gli effetti di cui al d.lgs. n. 33 del 2013.

A sostegno di questa affermazione risiede una ulteriore riflessione: mentre infatti il d.lgs. n. 33 del 2013 impone alle pubbliche amministrazioni il rispetto di oneri di pubblicazione “quantitativi”<sup>[70]</sup>, la normativa sulla protezione dei dati personali presuppone invece – fatta eccezione per il solo istituto del “consenso informato” (che può semplicemente essere autorizzato o meno) – l’osservanza di obblighi di stampo “qualitativo”.

Il rispetto di principi quali, tra gli altri, la “necessarietà”, la “proporzionalità”, la “non eccedenza” e la “inerenza” dei dati personali trattati, postula infatti una continua opera di bilanciamento di interessi pubblici e privati, rimessa alla preparazione ed alla sensibilità del singolo dipendente: un algoritmo, al contrario, non è invece costruito – se non, appunto, mediante la necessaria intermediazione di un essere umano, a ciò istruito – per operare attentamente tali differenziazioni qualitative<sup>[71]</sup>.

Più precisamente: un applicativo informatico può agire in tal senso soltanto se appositamente modulato sulle mutevoli esigenze dell’organizzazione, e sui fondamenti giuridici (le “basi legali”) dei singoli procedimenti gestiti dalla medesima organizzazione.

Pur non possedendo le necessarie competenze di programmazione informatica, è tuttavia ragionevole ipotizzare che i software volti ad automatizzare la pubblicazione, on line, dei documenti e delle informazioni che devono essere contenuti nelle sezioni “Albo Pretorio on line”, ed “Amministrazione Trasparente”, possiedano al proprio interno appositi “moduli”, volti a garantire il rispetto degli obblighi in materia di riservatezza e protezione dei dati personali<sup>[72]</sup>.

E tuttavia, ed al fine di utilizzare in maniera ottimale questi strumenti, è necessario che l’utente ne faccia un uso informato e consapevole, possibile soltanto a fronte di un’adeguata formazione che al contrario, come si è dimostrato, è sovente carente od episodica.

## **8. Considerazioni finali**

Se la disponibilità da parte del personale impiegato nelle pubbliche amministrazioni ad acquisire una rinnovata “cultura digitale” e, nel contempo, la

volontà delle medesime amministrazioni di fornire una costante ed aggiornata competenza ICT al proprio personale, costituiscono fattori imprescindibili affinché le organizzazioni pubbliche adempiano correttamente agli odierni obblighi in materia di pubblicazione e trasparenza on line, nel rispetto dei principi posti a fondamento del diritto alla riservatezza, le considerazioni finali dello scritto non possono prescindere da alcune proposte rivolte ad intervenire sullo stato dei fatti, come e sino a qui evidenziato.

Una prima innovazione, di ordine tecnico-strumentale, potrebbe essere quella di procedere, nei singoli Enti locali, all'integrazione ed alla co-gestione dei sistemi informatici fra gli uffici, con l'obiettivo di ottimizzare il "work flow" della e nella organizzazione; ciò contribuirebbe a rendere più efficiente la "macchina amministrativa" e la sua concreta operatività quotidiana: uno stesso dato, se elaborato per mezzo di applicativi integrati e quindi sinergici, potrebbe essere utilizzato da più aree/settori, in più procedimenti tra loro correlati e connessi, così semplificando le procedure ed ivi diminuendo la probabilità di errori.

Una seconda considerazione di carattere metodologico, evidenziata al principio del par. 7, consiste nella implementazione di una *leadership* (negli organi di governo, così come nella dirigenza amministrativa) forte e fortemente orientata verso la transizione alla "cultura amministrativa digitale": uno strumento concretamente utilizzabile, al proposito, è ad oggi presente nel "Piano della Performance".

Come è noto<sup>[73]</sup>, si tratta di un documento programmatico triennale, definito ed approvato negli enti locali dall'organo esecutivo, in sede di approvazione del "Piano Esecutivo di Gestione" (PEG, art. 169, TUEL) e che è espressamente deputato: ad individuare gli obiettivi specifici ed annuali della dirigenza amministrativa; a definire ed attribuire, alla medesima dirigenza, le risorse finanziarie, umane e strumentali, necessarie al raggiungimento degli obiettivi; ad individuare gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dei singoli dirigenti<sup>[74]</sup>.

L'attitudine ad implementare una *leadership* preparata in materia ICT, unitamente alla capacità del dirigente di trasmettere tali competenze in maniera continuativa e non episodica al personale che opera nel relativo ufficio/settore amministrativo, non possono ad oggi costituire fattori assenti, o sottovaluti, in ciascun "Piano della Performance"<sup>[75]</sup>.



## CERIDAP

1. In tema di procedimenti istruttori e sanzionatori, riservati alla competenza del Garante per la Protezione dei Dati Personali (in ambito nazionale ed europeo): A. Simonati, *Il Garante europeo della protezione dei dati personali come A.D.R.*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 6, 1653 e ss. (in specie par. 5.2); G.P. Cirillo, *Il procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti e la decisione contenziosa alternativa del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Foro Amm.*, 1998, 1, 261 e ss.
2. Sulla nuova disposizione normativa di cui all'art. 2-ter, d.lgs. n. 196 del 2003 (dopo le modifiche di cui al d.lgs. n. 101 del 2018), *ex plurimis*, M. Midiri, S. Piva, *L'interesse pubblico come base giuridica e come finalità del trattamento dei dati personali*, in S. Scagliarini (a cura di), *Il "nuovo" codice in materia di protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2019, 21 e ss.
3. In argomento F. Midiri, *Il diritto alla protezione dei dati personali. Regolazione e tutela*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, *passim*.
4. Sulla individuazione della "base giuridica" che legittima il trattamento dei dati personali, all'interno del "diritto di ogni Stato membro" dell'Unione Europea: M. Midiri, S. Piva, *cit.*; F. Di Resta, *La nuova "privacy europea"*, Giappichelli, Torino, 2018, in specie 39 e ss.; C. Colapietro, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi.it*, 21 novembre 2018 (in particolare par. 6).
5. Sui poteri sanzionatori del Garante per la Protezione dei Dati Personali, alla luce del GDPR, P. Zuddas, *L'Autorità di controllo: il "nuovo" Garante per la protezione dei dati personali*, in S. Scagliarini (a cura di), *Il "nuovo" codice in materia di protezione dei dati personali*, *cit.*, 263 e ss.
6. Sulle sanzioni recate all'interno del GDPR e del d.lgs. n. 196 del 2003 (come modificato ad opera del d.lgs. n. 101 del 2018), e sui criteri per la determinazione di queste sanzioni: F. Bailo, *Il sistema sanzionatorio*, in S. Scagliarini (a cura di), *Il "nuovo" codice in materia di protezione dei dati personali*, *cit.*, 299 e ss.; M. Iaselli, *Sanzioni e responsabilità in ambito GDPR*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, in specie 61 e ss.
7. In argomento M. Amendola, R. Lucifredi, *Albo (amministrazioni locali e centrali)*, in *Enc. Dir.*, 1958, I, *ad vocem*; M. Bertolissi, *Pubblicazione dei regolamenti e dei provvedimenti amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, *ad vocem*.
8. A commento della disposizione normativa: B. De Rosa, *Commento all'art. 124*, in V. Italia, A. Zucchetti, G. Bottino (coordinato da), *Testo Unico degli Enti locali*, Milano, Key Editore, 2020, vol. I, 844 e ss.; R. Carpino, *Testo Unico degli Enti Locali commentato*, Rimini, Maggioli Editore, 2020.
9. Sul tema, anche con riguardo ad una concreta implementazione, F. Tentoni, *Albo Pretorio telematico e deliberazioni informatiche: l'esperienza della Provincia di Bologna*, in *AziendItalia*, 2009, 8, 543 e ss.
10. Sull'origine e l'evoluzione dei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni: D. Galliani, *L'accessibilità dei siti internet delle pubbliche amministrazioni e la c.d. "Legge Stanca"*, in *Federalismi.it*, 27 aprile 2008; F.M. Lazzaro, *I siti internet delle*

- amministrazioni pubbliche e la normativa di settore*, in *AziendItalia*, 2013, 7, 553 ss.; M. Caporale, *L'accessibilità ai siti web e alle applicazioni mobili delle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 3, 357 ss.
11. Da ultimo si vedano le «*Linee guida di design per i servizi digitali della PA*» emanate dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), 23 aprile 2008, disponibili qui: [https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository\\_files/design-italia.pdf](https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/design-italia.pdf).
  12. In argomento, con specifico riguardo alle amministrazioni comunali, A. Callea, *Trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti degli enti locali*, in *Amministrare*, 2008, 3, 423 ss. (in specie 433 ss., “la pubblicazione e la diffusione di dati personali attraverso internet”). In una prospettiva più generale, F. Faini, *Il volto dell'amministrazione digitale nel quadro della rinnovata fisionomia dei diritti in rete*, in *Dir. inf. e inform.*, 2019, 4, 1099 ss. (in specie par. 5, “L'integrazione tra digitalizzazione e data protection”).
  13. Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali*, 19 aprile 2007, par. 6.
  14. Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali per finalità di pubblicazione e diffusione di atti e documenti di enti locali*, *cit.*, par. 9.
  15. Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web*, 2 marzo 2011, par. 1.
  16. Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web*, *cit.*, par. 5.
  17. Sul tema *ex plurimis*, con specifico riguardo ai rapporti tra “trasparenza” e “tutela della riservatezza”: E. Carloni, M. Falcone, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Dir. Pubbl.*, 2017, 3, 723 e ss.; C. Colapietro, *Il complesso bilanciamento tra il principio di trasparenza e il diritto alla privacy: la disciplina delle diverse forme di accesso e degli obblighi di pubblicazione*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020 (in specie par. 3, “I limiti alla trasparenza imposti dal rispetto della privacy”).
  18. In argomento, *amplius*, F. Manganaro, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 743 ss.
  19. Con specifico riferimento all'istituto dell'accesso civico generalizzato, ed ai suoi tratti differenziali rispetto all'accesso civico, senza pretesa di esaustività: M. De Rosa, B. Neri, *Profili procedurali dell'accesso generalizzato*, in *Dir. amm.*, 2019, 793 ss.; M. Filice, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 861 ss.; A. Moliterni, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. amm.*, 2019, 2, 577 ss.; I. Piazza, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di governance all'attuazione*

- amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2019, 3, 645 ss.
20. Autorità Nazionale Anticorruzione (d'intesa con il Garante per la Protezione dei Dati Personali), Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013*, par. 2.1.
  21. *Amplius* E. Carloni, *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 3, 779 ss. Per una prospettiva interdisciplinare, volta a declinare le riforme giuridico-amministrative in termini di analisi e valutazione delle politiche pubbliche, F. Cacciatore, F. Di Mascio, A. Natalini, *La trasparenza proattiva in Italia: meccanismi causali e dinamiche di contesto*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2017, 1, 49 ss.
  22. Autorità Nazionale Anticorruzione (d'intesa con il Garante per la Protezione dei Dati Personali), Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016, *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013*, par. 2.1.
  23. Autorità Nazionale Anticorruzione, *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*, 15 maggio 2014.
  24. La sentenza ha dichiarato la «illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1-bis, d.lgs. n. 33 del 2013, nella parte in cui prevede che le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati di cui all'art. 14, comma 1, lettera f), dello stesso decreto legislativo anche per tutti i titolari di incarichi dirigenziali, a qualsiasi titolo conferiti, ivi inclusi quelli conferiti discrezionalmente dall'organo di indirizzo politico senza procedure pubbliche di selezione, anziché solo per i titolari degli incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. n. 165 del 2001» (così il punto 1 del «dispositivo»): a commento V. Fanti, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019)*, in *Federalismi.it*, 4 marzo 2020.
  25. Risultano infatti estranei all' «oggetto» (art. 2) del d.lgs. n. 33 del 2013 - anche se tale esclusione non è espressamente menzionata all'interno del medesimo art. 2, ed è dunque frutto di una opzione interpretativa - gli obblighi di pubblicazione previsti da altre disposizioni normative, per finalità diverse da quelle di «pubblicità» e «trasparenza»: e dunque, tra questi ulteriori obblighi, stanno quelli rivolti a perseguire le finalità di «pubblicità legale», come quelle assolute attraverso l'Albo Pretorio.
  26. Una approfondita analisi, ricostruttiva e critica, è contenuta in G. Vilella, *E-Democracy. Dove ci porta la democrazia digitale*, Bologna, 2020, in specie 111 e ss. («Tecnologia e diritto»).
  27. In tema, approfonditamente, G. Carullo, *BIG DATA e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Concorr. e merc.*, 2016, 1, 181 e ss.
  28. In merito a queste criticità G. Pepe, *L'accesso ai dati delle pubbliche amministrazioni. Tra libertà di informazione e tutela della riservatezza. Una indagine comparata*, Torino,

- Giappichelli, 2018, e N. Vettori, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. amm.*, 3, 539 e ss. (in specie par. 4.1).
29. Sui risvolti positivi della “disclosure”, R. Sanna, *Dalla trasparenza amministrativa ai dati aperti. Opportunità e rischi delle autostrade informatiche*, Torino, Giappichelli, 2019.
  30. Sul tema, E. Furiosi, *L'accesso civico “generalizzato”, alla luce delle Linee Guida ANAC*, in *GiustAmm* ([www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)), 2017, 4; Id., *Commento all'art. 59 (Accesso a documenti amministrativi e accesso civico)*, in R. Sciaudone, E. Caravà (a cura di), *Il Codice della Privacy*, Pisa, 2019, 248 e ss.
  31. *Amplius*, in particolare: G. Gardini, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal “FOIA Italia”*, in *Federalismi.it*, 10 ottobre 2018 (in specie par. 2: “A chi appartengono le informazioni pubbliche? Dalla trasparenza come mezzo alla trasparenza come fine”); M. A. Sandulli, L. Droghini, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, in *Federalismi.it*, 17 giugno 2020.
  32. Sul rapporto esistente tra l'accesso ai dati, ai documenti ed alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, ed il principio di partecipazione democratica (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013), A. Cauduro, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, 3, 601 e ss.
  33. In argomento D.-U. Galetta, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de “le vite degli altri”?*, in *Federalismi.it*, 9 maggio 2018.
  34. Sul tema, anche in prospettiva comparata, A. Simonati, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 311 e ss. (in particolare par. 3.2, “I profili metodologici emergenti dall'analisi della dottrina straniera”). In chiave critica, sulla riconduzione della trasparenza ai tradizionali principi costituzionali di imparzialità e buona andamento (art. 97 Cost.), S. Foà, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, 65 e ss. (par 1, “La trasparenza amministrativa tra «incoscienza costituzionale» e principio costituzionale implicito”).
  35. “Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. n. 33 del 2013, come modificato dal d.lgs. n. 97 del 2016”.
  36. “Sezione «Amministrazione Trasparente» - Elenco degli obblighi di pubblicazione”.
  37. Non si può non convenire, in proposito, con quanto affermato da D.-U. Galetta, *Alcuni recenti sviluppi del diritto amministrativo italiano (fra riforme costituzionali e sviluppi della società civile)*, in *GiustAmm* ([www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)), 2014, 5, par. 2, ove questa implementazione della trasparenza amministrativa è criticamente definita in termini di «*voyerismo amministrativo*».
  38. In termini di “nuova amministrazione «autoriflessiva»” si esprime G. Gallone, *La prevenzione amministrativa del rischio-corrruzione*, in *Dir. econ.*, 2018, 2, 357 e ss.
  39. Scelta comprensibile, quella del legislatore, che così conferma la *ratio* del d.lgs. n. 33 del

- 2013: a norma dell'art. 1, comma 7, legge n. 190 del 2012, infatti: «[...] *L'organo di indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salvo diversa e motivata determinazione*».
40. Sulla trasparenza come strumento di prevenzione della corruzione (stante il rapporto intercorrente tra la legge n. 190 del 2012 ed il d.lgs. n. 33 del 2013), *ex plurimis*: B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 123 e s.; G. Gallone, A.G. Orofino, *Tra misure preventive e strumenti di contrasto: la via italiana all'anticorruzione*, in *Federalismi.it*, 21 ottobre 2020.
  41. Con specifico riferimento alla applicazione della legge n. 190 del 2012, e del d.lgs. n. 33 del 2013, alle Regioni ed agli Enti locali, F. Merloni, *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 2014, 5-6, 969 ss.
  42. Sulla revoca del segretario comunale, come responsabile della prevenzione della corruzione, Cons. St., sez. V, 13 marzo 2019, n. 1659 (a conferma di Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 10900 del 2015).
  43. In tema, *ex plurimis*: A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4, 1149 e ss. Tra i principali studi monografici: G. Avanzini, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.
  44. Gruppo di Lavoro AGID, per la redazione di linee guida sulla pubblicità legale dei documenti e sulla conservazione dei siti web delle PA, *Linee guida, Allegato 1*, maggio 2016, p. 16.
  45. In argomento: G. Orsoni, E. D'Orlando, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istit. Feder.*, 2019, 3, 593 e ss. (in particolare par. 3, "Algoritmi e azione amministrativa"); M. Falcone, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, 601 e ss.
  46. Classifica 2016 di "Data Manager", XXX ediz. (a cura di IDC) - Tabella 7: Classifica dei risultati software e servizi IT nel settore PA 2015 (dati in milioni di euro), disponibile qui: [https://www.lagazzettadeglientilocali.it/wp-content/uploads/Classifica\\_top100aziende\\_2016.pdf](https://www.lagazzettadeglientilocali.it/wp-content/uploads/Classifica_top100aziende_2016.pdf).
  47. *Ibidem*.
  48. Per citare solo alcuni ulteriori esempi: Almagora spa, SAP Italia Sa, Gruppo Reply, hanno risultati - per l'anno 2015 - rispettivamente pari a 116,64 milioni di euro (con una percentuale di ricavi del 33,9%), 81,64 milioni di euro (con ricavi pari al 17,5%), e 67,84 milioni di euro (percentuale di ricavi del 13,5%). Maggioli Spa si attesta, come risultati, a 66,42 milioni di euro (con ricavi del 90%). Zucchetti spa assume invece una posizione, in classifica, inferiore, con un risultato pari a 15,5 milioni di euro ed una percentuale di ricavi pari al 4,9%.
  49. Sulla organizzazione ed i poteri esercitati dalla Autorità Nazionale Anticorruzione,

- approfonditamente, I.A. Nicotra (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2016.
50. In argomento E. Frediani, *Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, 6 dicembre 2017 (in particolare par. 2, "I profili procedurali").
51. Questa attività di ANAC è disciplinata dall'art. 45 (Compiti), d.lgs. n. 33 del 2013.
52. *Amplius* M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 61 e ss. (sui molteplici "piani di prevenzione della corruzione", in particolare par. 1, "Il sistema di lotta alla corruzione").
53. ANAC, Atti dell'Autorità, Comunicato del 5 ottobre 2016, Interruzione applicativo "Campagna trasparenza":  
[https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/\\_Atto?ca=6608](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6608).
54. Digital Economy and Society Index (DESI):  
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/desi>.
55. "Connettività", "capitale umano", "servizi pubblici digitali", "integrazione della tecnologia digitale", "utilizzo di internet".
56. Sul tema, con particolare riguardo alle differenziazioni esistenti tra le amministrazioni territoriali italiane: S. Rossa, *Open data e amministrazioni regionali e locali. Riflessioni sul processo di digitalizzazione partendo dall'esperienza della Regione Piemonte*, in *Dir. inf. e inform.*, 2019, 4, 1121 e ss.; P. Coletti, *L'innovazione digitale nella amministrazione pubblica: le azioni delle Regioni*, in *Amministrare*, 2013, 3, 463 e ss.
57. OECD (2017), *Government at a Glance 2017*, OECD Publishing, Paris, disponibile qui:  
[https://doi.org/10.1787/gov\\_glance-2017-en](https://doi.org/10.1787/gov_glance-2017-en).
58. Sul tema F. Martines, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Medialaws - Riv. dir. media*, 2018, 2, 10, disponibile qui:  
<http://www.medialaws.eu/rivista/la-digitalizzazione-della-pubblica-amministrazione/>.
59. Approfondita ed utile, in argomento, la lettura di S. Vianello, *La digitalizzazione nella Pubblica Amministrazione: un'analisi attraverso i censimenti*, Università Ca' Foscari - Venezia, Tesi di Laurea Magistrale in "Governance delle Organizzazioni Pubbliche", Anno Accademico 2017/2018, p. 16, disponibile al seguente link:  
<http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/14024/842141-1226472.pdf?sequence=2>.
60. In particolare, l'indagine è stata condotta da William D. Eggers, responsabile delle iniziative di ricerca e di *leadership* di pensiero, della struttura "Deloitte Public Sector", e da Joel Bellman, "Partner Deloitte" nel Regno Unito.
61. Atto libero, a norma dell'art. 1 della "Deliberazione sul regime di divulgazione degli atti e dei documenti", Deloitte, *La trasformazione digitale della Pubblica Amministrazione*, disponibile al seguente link:  
[https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documenti\\_acquisiti\\_commissione/documento\\_pdfs/000/000/007/AL-DELOITTE.pdf](https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documenti_acquisiti_commissione/documento_pdfs/000/000/007/AL-DELOITTE.pdf).

62. La “maturità digitale” di un’organizzazione si valuta sulle base di questi specifici “elementi”: a) se il personale ha “know-how digitale”, “capacità di leadership”, “competenze”, “percorsi di perfezionamento”, “possibilità di sviluppo dei talenti”; b) se i processi sono di “innovazione e collaborazione”, forniscono “servizi ai cittadini”, prevedono il loro “coinvolgimento”, contemplanò l’utilizzo di “piattaforme open source”, e procedimenti di “facilitazione [al] procurement”; c) se la “capacità di azione” consta di “articolazione strategia, reazione dell’investimento e risposta alle tendenze digitali, benchmarking delle competenze” (*ibidem*, Introduzione).
63. Ferma restando la necessità di una attenta attività di indirizzo e controllo, da parte degli organi di governo dell’ente locale: sul tema G. Sirianni, *Etica pubblica e prevenzione della corruzione: il problema del personale politico*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 3, 927 e ss.
64. Il dirigente che “comprende e possiede le tendenze e le tecnologie digitali” è circa tre volte più propenso (49%) a fornire ai collaboratori un supporto che consenta loro di sviluppare competenze ICT, rispetto ai dirigenti che non hanno tali competenze (17%). Il dato è confermato dal fatto che la ricerca testimonia come, rispetto ad organizzazioni in cui i dirigenti non comprendono le tendenze e le tecnologie digitali, e tuttavia sono presenti capacità di *leadership* pronte al cambiamento, il numero di dipendenti che hanno sviluppato competenze digitali è quasi pari al doppio (43% vs. 24%).
65. Sulla entità complessiva e la destinazione della spesa ICT nelle amministrazioni pubbliche italiane, AGID, *La spesa ICT nella PA italiana. Considerazioni sui principali trend e mappatura dei percorsi in atto*, 2019, disponibile qui: [https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository\\_files/la\\_spesa\\_ict\\_nella\\_pa\\_italiana\\_bozza.pdf](https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/la_spesa_ict_nella_pa_italiana_bozza.pdf). Sul rapporto tra “change management ed ICT”, P. Piras, *Comunicazione e innovazione nell’amministrazione gattopardo. I social media per un nuovo rapporto cittadino-pa: nulla di fatto ?*, in *Dir. econ.*, 2020, 2, 249 e ss.
66. Sul tema, di recente, L. Zoppoli, P. Monda, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 2, 312 e ss. (in particolare par. 2, “Programmazione tecnologica, responsabilità organizzative e ciclo della performance”).
67. Anno dell’ultimo censimento in cui dati sono disponibili, sul portale “Istat - Pubblica Amministrazione”.
68. Sul “modello di *technology acceptance*”, P. Piras, *Il tortuoso cammino verso un’amministrazione nativa digitale*, in *Dir. inf. e inform.*, 2020, 1, 43 e ss. (in particolare par. 4, “Il gap tra disegno e stato dell’arte. *Change management, technology acceptance e technology affordance*”).
69. Si può calcolare il coefficiente di correlazione, fra le due variabili, con la seguente, nota, formula:

$$\text{Correl}(X, Y) = \frac{\sum (x - \bar{x})(y - \bar{y})}{\sqrt{\sum (x - \bar{x})^2 \sum (y - \bar{y})^2}}$$

ove: sono i valori “media” (della matrice 1), e “media” (della matrice 2), il cui risultato può variare fra il valore “-1” (che identifica una perfetta “correlazione negativa”), e il valore

- “+1” (che identifica una perfetta “correlazione positiva”).
70. Come illustrato all’interno del par. 3, l’aggettivazione in termini “quantitativi” - utilizzata nel testo - è riferita alla circostanza che la “quantità” e la “tipologia” degli obblighi di pubblicazione e trasparenza, ad oggi posti in capo alle pubbliche amministrazioni, sono oggettivamente e specificamente definiti all’interno del d.lgs. n. 33 del 2013: gli obblighi di pubblicazione di documenti ed informazioni possono così essere efficacemente adempiuti, anche per mezzo degli algoritmi presenti negli applicativi informatici, stante il fatto che si tratta di elementi puntualmente “tipizzati” e “categorizzati”.
71. In argomento, D.-U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3 e, ivi, approfonditi riferimenti bibliografici.
72. La necessità di un controllo automatizzato dei documenti (della loro redazione), in termini di tutela della privacy, ad oggi si riscontra anche in applicativi informatici di comune utilizzo. Un esempio, in tal senso, è costituito dall’applicativo “Microsoft Word” (Gennaio 2020) che, nella sezione “Home” della barra dei comandi, riporta il comando “Riservatezza”: grazie ad esso è possibile applicare, all’interno del contenuto del documento, apposite “etichette”, rivolte a conformarlo agli obblighi di tutela della privacy; spetta comunque all’utente che utilizza questa funzione il compito (e la competenza) di stabilire la “calibrazione” del grado di osservanza della disciplina normativa in materia di tutela della riservatezza (ad esempio, ed in ordine progressivo di tutela, “dati personali”, “particolari categorie di dati personali”, “dati genetici, biometrici e relativi alla salute”).
73. Art. 10 (Piano della Performance e Relazione sulla Performance”), comma 1, lett. a), d.lgs. n. 150 del 2009: «*Al fine di assicurare la qualità, comprensibilità ed attendibilità dei documenti di rappresentazione della performance, le amministrazioni pubbliche, redigono e pubblicano sul sito istituzionale ogni anno: a) entro il 31 gennaio, il Piano della performance, documento programmatico triennale, che è definito dall’organo di indirizzo politico-amministrativo in collaborazione con i vertici dell’amministrazione e secondo gli indirizzi impartiti dal Dipartimento della funzione pubblica [...] e che individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi [...] e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell’amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori*».
74. In argomento è utile la consultazione di: <https://performance.gov.it/performance/piani-performance>.
75. Sul tema, diffusamente, L. Zoppoli, P. Monda, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., par. 2 (“Programmazione tecnologica, responsabilità organizzative e ciclo della performance”).



## Brevi note sulle notificazioni via PEC alla pubblica amministrazione

*Federico Gaffuri*

*Nell'articolo si affronta il tema riguardante l'individuazione dell'indirizzo pec delle amministrazioni pubbliche, valido per la notificazione degli atti giudiziari. Innanzitutto si illustra la normativa - complessa, non coordinata e poco chiara - che disciplina la materia relativa al domicilio digitale delle P.A. per la ricezione delle notifiche di atti giudiziari. Si esamina, inoltre, la giurisprudenza, ancora oscillante, che si è formata in argomento e si indicano i casi, nei quali la notifica del ricorso ad un indirizzo pec dell'amministrazione diverso da quello all'uopo previsto debba essere ritenuta pienamente valida ed efficace, e le ragioni giuridiche che stanno alla base di tale orientamento.*

*[Brief comments on notifications received via certified email to public administrations] The article discusses issues concerning the identification of a Public Administration's certified electronic email (CEM) box, which is valid for the transmission of judicial proceedings. Firstly, we illustrate the legislation - complex, uncoordinated and unclear - regulating the delivery of judicial proceedings via the digital domicile of the P.A. Furthermore, we examine the case law - still fluctuating - which has been formed on the subject; we also indicate the hypothesis in which the notification of judicial proceedings to a CEM address other than the one provided for this purpose by the Administration is considered to be fully valid and effective, and the legal reasons for this interpretation.*

### **1. Premessa**

La riforma digitale del processo amministrativo è stata attuata con una serie di interventi legislativi, stratificati, incidenti sul preesistente impianto del Codice del Processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). L'art. 136, comma 2, del menzionato d.lgs. n. 104/2010 - da ultimo modificato dal d.l. 31 agosto 2016, n.

168, convertito con modificazione dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197 - stabilisce espressamente che la trasmissione degli atti di causa può essere fatta solo in via telematica. L'art. 7 del d.l. n. 168/2016 disciplina i tempi dell'entrata in vigore del processo amministrativo telematico <sup>[1]</sup>: come noto, dal 1° gennaio 2018 i giudizi amministrativi sono interamente digitali <sup>[2]</sup>.

Caposaldo del processo amministrativo telematico è l'utilizzo esclusivo e per così dire totalizzante delle modalità informatiche <sup>[3]</sup>: è prevista la regressione dei tradizionali documenti cartacei in funzione esclusivamente sussidiaria e pressoché senza valore legale (salvi i casi residuali e occasionali di obiettive e comprovate impossibilità tecnico-operative). In tal senso il PAT si allinea ai sistemi processuali adottati dagli altri paesi europei, distinguendosi tuttavia per la pervasività della digitalizzazione degli atti e degli adempimenti processuali, a partire dalla notificazione del ricorso introduttivo. Ne è testimonianza tangibile l'aggiudicazione a favore della «*Giustizia Amministrativa*» del premio «*Agenda 2017*», per il progetto riguardante la realizzazione del «*Processo Amministrativo Telematico, quale paradigma degno di lustro di attuazione dell'Agenda Digitale*» <sup>[4]</sup>.

Lo strumento informatico resta in ogni caso, almeno astrattamente, 'neutro': esso non incide in termini modificativi né sugli istituti propri del rito amministrativo né sulle precipe regole processualcivilistiche, estensibili al predetto rito nei limiti stabiliti dall'art. 39 c.p.a.. L'interprete non dovrebbe dunque cedere alla tentazione pseudomodernista di utilizzare le novità in tema di digitalizzazione del processo come vincoli fini a se stessi, che finiscono per comprimere il senso sostanziale della giustizia. Un sistema processuale efficace e moderno chiede, in specie alla giurisprudenza, di essere portatrice sana di una linea esegetica conservativa <sup>[5]</sup>, atta a distinguere i vizi equivalenti a meri formalismi (in relazione ai quali approntare soluzioni ragionevolmente ortopediche) da quelli ascrivibili a difetti sostanziali e non curabili (implicanti, solo questi ultimi, quale sanzione, l'estromissione dell'atto viziato dal processo).

L'interprete accorto e autenticamente rispettoso delle esigenze di semplificazione e di efficienza della funzione giurisdizionale - sottese all'avviata informatizzazione dei connessi adempimenti strumentali e rituali - dovrebbe temperare l'ontologica rigidità delle regole strettamente tecniche, che disciplinano le modalità di formazione e deposito degli atti, a tal fine avvalendosi dei principi generali offerti

dallo stesso ordinamento processuale a salvaguardia della propria tenuta. Si può, in generale, rilevare che la giurisprudenza amministrativa, pur ribadendo la cogenza delle regole connesse alla neo-digitalizzazione del processo, ha assunto indirizzi interpretativi in direzione nel complesso antiformalistica. Non tutte le questioni applicative sono comunque risolte con soluzioni univoche e pacifiche. La fase maggiormente critica, nella quale i vincoli dei tecnicismi informatici sono più stringenti, è quella dell'instaurazione del giudizio, con la formazione dell'atto digitale, la *vocatio iudicis*, l'intimazione dell'Amministrazione resistente (e degli eventuali controinteressati) e il deposito del ricorso notificato con modalità e mezzi telematici <sup>[6]</sup>.

L'errore in questa fase processuale è tanto insidioso quanto potenzialmente esiziale.

La novità, riguardante la notificazione a mezzo PEC <sup>[7]</sup> degli atti processuali <sup>[8]</sup> alla P.A. impone di considerare, quale tema prioritario, l'identificazione dell'indirizzo di posta certificata da utilizzare per la notifica del ricorso all'amministrazione che ha emanato il provvedimento che si intende impugnare. La questione ha perfino dato luogo a pronunce di inammissibilità, determinate dall'obiettiva incertezza, come si dirà. Con l'avvio del processo telematico, dunque, ha assunto rilevanza decisiva la preventiva elezione del domicilio digitale <sup>[9]</sup>, valido ai fini della ricezione di atti giudiziari. Per comprendere la problematica dell'indirizzo digitale delle pubbliche autorità non si può prescindere dall'indicazione delle fonti normative che disciplinano la materia: tale rassegna sarà svolta nel prossimo paragrafo. La semplice enunciazione del dato normativo renderà manifeste la stratificazione e l'intersezione di norme legislative ed attuative, la cui compresenza complica notevolmente il lavoro anzitutto dell'avvocato.

Dal canto suo, la giurisprudenza, sia civile sia amministrativa, non ha ancora espresso indirizzi interpretativi pacifici e consolidati (indispensabili per orientare l'attività dell'operatore del diritto) con riferimento, fra l'altro, al recapito digitale della pubblica amministrazione presso il quale effettuare la notifica del ricorso <sup>[10]</sup> e, più specificamente, alla fonte dalla quale trarre tale indirizzo. Le diverse posizioni assunte al riguardo non hanno ancora trovato composizione <sup>[11]</sup>. La questione non ha carattere esclusivamente pratico: è ben vero che - in un'ottica strettamente prudenziale - il difensore può optare per la tradizionale notificazione cartacea <sup>[12]</sup> (in specie laddove non rinvenga il nominativo della P.A. avversaria nei

registri ufficiali), ma un approccio forzosamente timorato disattende la *ratio* della digitalizzazione del processo e preclude l'esplicitarsi delle relative potenzialità, *in primis* in termini di semplificazione, efficienza e speditezza.

## 2. Quadro normativo di riferimento

Già da alcuni anni è entrato in vigore l'art. 16 *sexies* del d.l. n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, come introdotto dall'art. 52 del d.l. n. 90/2014, a sua volta convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, il quale stabilisce che «*salvo quanto previsto dall'art. 366 del codice di procedura civile, quando la legge prevede che le notificazioni degli atti in materia civile al difensore siano eseguite, ad istanza di parte, presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario, alla notificazione con le predette modalità può procedersi esclusivamente quando non sia possibile, per causa imputabile al destinatario, la notificazione presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, risultante dagli elenchi di cui all'art. 6-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nonché dal registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal ministero della giustizia*». La portata 'dirompente' di tale norma non pare ancora adeguatamente assorbita dal sistema processuale<sup>[13]</sup>. La novella (fatto salvo quanto disposto dall'art. 366 c.p.c. per il giudizio di cassazione) impone la notificazione degli atti destinati a soggetti tenuti a «*munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata*» presso il medesimo indirizzo PEC appositamente «*comunicato*». Il citato art. 16-*sexies*, è richiamato dal comma 1 *ter* dell'art. 25 (rubricato «*Domicilio*») del Codice del processo amministrativo. Sulla disciplina menzionata s'innesta l'art. 14, comma 2, del d.p.c.m. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del PAT), il quale prevede che le notificazioni alle amministrazioni non costituite in giudizio sono eseguite agli indirizzi PEC di cui all'art. 16, comma 12, del d.l. n. 179 del 2012, fermo quanto previsto dal r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611. Ai sensi del suddetto comma 12, dell'art. 16, d.l. n. 179/2012, nel testo risultante dalla modifica attuata con d.l. n. 90 del 2014, poi, le amministrazioni pubbliche dovevano comunicare, entro il 30 novembre 2014, al Ministero della Giustizia l'indirizzo PEC valido ai fini della notifica telematica nei loro confronti, da inserire in un apposito elenco. Ciò in conformità con quanto previsto dal comma

1 *bis* dell'art. 16 *ter* del medesimo d.l. n. 179/ 2012 (aggiunto con d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114) che ha reso applicabile alla giustizia amministrativa il comma 1 dello stesso art. 16 *ter*. Quest'ultimo, nella versione vigente, prevede che «*a decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 6-bis<sup>[14]</sup>, 6-quater<sup>[15]</sup> e 62 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, dall'articolo 16, comma 12, del presente decreto, dall'articolo 16, comma 6, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2<sup>[16]</sup>, nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia*».

È sconsigliabile la lettura tutto d'un fiato dell'antecedente paragrafo; e parimenti di quello a seguire.

La norma da ultimo considerata (e cioè l'art. 16 *ter* d.l. n. 179/2012) non include tra gli elenchi rilevanti ai fini dell'estrazione degli indirizzi validi per la notificazione di atti processuali l'Indice PA<sup>[17]</sup>, per quanto esso sia stato il primo indirizzario PEC di tutte le amministrazioni pubbliche, come previsto dall'art. 47 del Codice dell'Amministrazione Digitale<sup>[18] [19]</sup>. Questo avvicendamento non è stato ancora pienamente recepito dal sistema e dalle prassi giudiziarie: non sono infrequenti i casi di notificazioni ad amministrazioni pubbliche presso l'indirizzo di posta certificata presente nel solo IndicePA. Si rammenta che il d.l. 29 novembre 2008, n. 185<sup>[20]</sup>, ha originariamente previsto che le pubbliche amministrazioni, qualora non avessero provveduto ai sensi del menzionato art. 47 CAD, avrebbero dovuto istituire una casella (o un indirizzo) di posta elettronica certificata, dandone comunicazione al Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (in acronimo CNIPA)<sup>[21]</sup>, il quale avrebbe provveduto alla pubblicazione di tali caselle in un elenco consultabile per via telematica (art. 16, comma 8). L'IndicePA è stato poi incluso dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, tra i pubblici elenchi, come tale utilizzabile per tutte le notifiche; successivamente l'art. 6 *ter* del d. lgs. 26 agosto 2016, n. 179, lo ha inserito nel Codice dell'amministrazione digitale; è stato poi ridenominato «*Indice dei domicili digitali delle P.A. e dei gestori di pubblici servizi*» dal d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, e definito «*pubblico elenco di fiducia*». L'IPA fu quindi equiparato agli elenchi pubblici dai quali poter acquisire gli indirizzi PEC

validi per le notifiche telematiche dall'art. 16 *ter* d.l. 179/2012, ma, in seguito alla modifica ad opera del d.l. 90/2014, l'indicato art. 16 *ter* si limita a richiamare l'art. 16 l. n. 2 del 2009, limitatamente al comma 6, che riguarda il solo registro delle imprese. Il summenzionato elenco <sup>[22]</sup> parrebbe quindi fonte non più attendibile dalla quale estrarre gli indirizzi della pubblica amministrazione, ai fini delle notificazioni di atti processuali.

A quest'ultimo fine, è, al contrario, certa la validità della notificazione del ricorso alle P.A. presso l'indirizzo digitale estratto dall'elenco di cui all'art. 16, comma 12, del menzionato d.l. n. 179 del 2012, noto come ReGIndE (REgistro Generale degli INDirizzi Elettronici), consultabile esclusivamente dagli uffici giudiziari, dagli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti, e dagli avvocati. L'art. 14, comma 2, del d.p.c.m. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del PAT), prevede, infatti, che le notificazioni alle amministrazioni non costituite in giudizio sono eseguite agli indirizzi PEC di cui all'art. 16, comma 12, d.l. n. 179 del 2012. Quest'ultimo recapito digitale deve essere utilizzato, ai sensi dell'art. 13, comma 3, del medesimo d.p.c.m., anche per le comunicazioni di segreteria.

Il 'ReGIndE' contiene, fra l'altro, gli indirizzi di posta elettronica certificata presso i quali le pubbliche amministrazioni <sup>[23]</sup> dotate di autonoma soggettività processuale hanno comunicato di voler ricevere le notificazioni per via telematica, in conformità con quanto previsto dal comma 1 *bis* dell'art. 16 *ter* del medesimo d.l. n. 179/2012. Più precisamente, il comma 12 dell'art. 16, d.l. n. 179/2012, stabilisce che *«al fine di favorire le comunicazioni e notificazioni per via telematica alle pubbliche amministrazioni...le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, comunicano al Ministero della giustizia [omissis] l'indirizzo di posta elettronica certificata [omissis] a cui ricevere le comunicazioni e notificazioni»*. La disposizione ora indicata - giova sottolineare - non stabilisce una mera facoltà, ma un vero e proprio obbligo per gli enti pubblici, funzionale a rendere possibili tanto le notificazioni quanto le comunicazioni alle P.A. in via telematica.

La normativa tecnica di attuazione del ReGIndE chiarisce, inoltre, che il registro in questione è diversamente alimentato a seconda dei soggetti da indicizzare: per i privati, il sistema recupera automaticamente indirizzi già comunicati, ad esempio,

all'Ordine professionale di appartenenza<sup>[24]</sup>, con l'ovvia conseguenza dell'inequivocabile coincidenza tra l'indirizzo risultante dall'INI-PEC o dall'Albo professionale e quello estraibile dal ReGIndE, ossia dell'unicità dell'indirizzo di posta elettronica certificata validamente fruibile dai terzi e ad essi opponibile. Invece, per le pubbliche amministrazioni, è rimesso alla diligenza del singolo ente l'adempimento dell'anzidetto obbligo di comunicazione: una simile previsione - oltre ad introdurre una ingiustificata differenziazione nel trattamento riservato ai privati e agli enti pubblici e a non rendere certa e agevole l'individuazione del domicilio digitale delle pubbliche amministrazioni - genera inevitabilmente una proliferazione di diversi indirizzi telematici che dà luogo a difficoltà operative prive di giustificazione e, per di più, antinomiche rispetto alle finalità della digitalizzazione del processo nonché rispetto all'esigenza generale di semplificazione, certezza e speditezza insita nella gestione informatica dei giudizi<sup>[25]</sup>. In definitiva quindi, la riforma che ha condotto alla digitalizzazione del processo ha disatteso, quantomeno con riferimento al decisivo adempimento della notifica alla P.A. resistente, l'obiettivo fondamentale di semplificazione; anzi all'atto pratico si è disvelata causa di notevoli complicazioni. Ciò è accaduto a cagione di una non ponderata stratificazione delle fonti, di un'irragionevole moltiplicazione degli elenchi presso i quali sono tenuti gli indirizzi di posta elettronica certificata, e di una incomprensibile limitazione fine a se stessa dell'uso di recapiti comunque pubblici.

Occorre sottolineare che, di recente, il legislatore è intervenuto a regolare la materia qui esaminata con una nuova disposizione che, sebbene non assuma valore risolutivo rispetto ai problemi, sopra illustrati, relativi alla determinazione del domicilio digitale delle pubbliche amministrazioni, risulta comunque certamente idonea ad agevolare notevolmente il compito di coloro che hanno l'esigenza di individuare il predetto domicilio, al fine di eseguire una notificazione telematica. Si tratta, in particolare, dell'art. 28, comma 1, lett. c), del d.l. n. 76/2020 (decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, contenente "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione"), il quale stabilisce che "in caso di mancata indicazione nell'elenco di cui all'articolo 16, comma 12 [*id est* nel ReGIndE], la notificazione alle pubbliche amministrazioni degli atti in materia civile, penale, amministrativa, contabile e stragiudiziale è validamente effettuata, a tutti gli effetti, al domicilio digitale indicato nell'elenco previsto dall'articolo 6-ter del

decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, [*id est* nell'IndicePA] e, ove nel predetto elenco risultino indicati, per la stessa amministrazione pubblica, più domicilia digitali, la notificazione è effettuata presso l'indirizzo di posta elettronica certificata primario indicato, secondo le previsioni delle Linee guida di AgID, nella sezione ente dell'amministrazione pubblica destinataria”.

La norma ora riferita attribuisce, dunque, ancora valore preferenziale e prioritario al ReGIndE; tuttavia essa ha l'innegabile pregio di riconoscere chiaramente l'utilizzabilità, per le notifiche alle pubbliche amministrazioni, anche dell'IndicePa, qualora nel registro ministeriale non sia riportato alcun recapito utile a tale scopo

### 3. Orientamenti giurisprudenziali

In seguito alla babele delle fonti normative e regolamentari <sup>[26]</sup>, sopra compendiosamente ricordate, si è determinato un contenzioso <sup>[27]</sup> - allo stato non risolto con indirizzi giurisprudenziali coesi - in riferimento alla legittimità delle notificazioni presso indirizzi digitali tratti dall'IndicePA ovvero dai siti internet dell'amministrazione interessata; in questa casistica non sono infrequenti le ipotesi di inadempienza delle pubbliche autorità all'obbligo di comunicare un indirizzo digitale al Ministero. I termini della questione sono, in estrema essenzialità, i seguenti: da un canto, è pacifica la volontà del Legislatore di conferire il predicato della ritualità alla notifica telematica effettuata presso gli indirizzi tratti dal ReGIndE e la mancata espressa previsione di forme di equipollenza <sup>[28]</sup>; dall'altro, occorre considerare la finalità precipua degli adempimenti in questione costituenti presidio dell'effettività del contraddittorio, e processualmente preordinati a innestare la lite, assicurando il regolare e proficuo svolgimento della funzione giudiziaria.

La giurisprudenza amministrativa ha inizialmente assunto un indirizzo rigorista, ritenendo che, ai fini della validità della notifica telematica di un atto processuale all'Amministrazione <sup>[29]</sup>, dovesse utilizzarsi esclusivamente l'indirizzo PEC, inserito nell'elenco di cui all'art. 16, comma 12, d.l. n. 179 del 2012, con la conseguenza drastica dell'inammissibilità del ricorso notificato a un diverso indirizzo digitale <sup>[30]</sup>. L'orientamento è conestato dalla conforme giurisprudenza della Corte di Cassazione <sup>[31]</sup>, la quale attribuisce rilievo prioritario all'asserito



proponimento del Legislatore di indicare un'unica destinazione digitale dell'atto processuale indirizzato alla P.A., coincidente con il recapito inserito nel Registro generale gestito dal Ministero della Giustizia, l'unico «*qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'organizzazione preordinata all'effettiva difesa*»<sup>[32]</sup>. La notificazione al recapito non inserito nel ReGIndE sarebbe dunque nulla, quand'anche si tratti di indirizzo tratto da altra fonte pubblica. Tale sanzione irredimibile, ove intesa in termini assoluti - come pare ritenere la giurisprudenza innanzi ricordata - è confliggente coi principi, sovrastanti l'ordinamento processuale, della strumentalità delle forme e della conservazione degli atti del processo. Un blando temperamento è stato rinvenuto<sup>[33]</sup> nel principio del cosiddetto raggiungimento dello scopo<sup>[34] [35]</sup>, la cui disponibilità in favore (anche) della strategia processuale dell'amministrazione intimata - la quale potrebbe non costituirsi, pur avendo piena contezza del ricorso proposto nei suoi confronti - desta, però, qualche non irrilevante perplessità: queste perplessità sarebbero ancor più fondate se si ritenesse l'anzidetto principio l'unica ragione che giustifichi la sanabilità di errori pur ragionevolmente emendabili attraverso gli strumenti offerti dall'ordinamento stesso (e tra questi, *in primis* il riconoscimento dell'errore scusabile nonché, ai fini della regolare instaurazione del contraddittorio, la rimessione in termini del ricorrente notificante<sup>[36]</sup>). Alcune pronunce hanno per il vero escluso in radice la scusabilità dell'errore notificatorio, adducendo che l'onere del ricorrente di verificare la validità dell'indirizzo, ai fini della notificazione dell'atto, fosse prevalente e che le indagini prodromiche alla notificazione fossero di semplice attuazione. In specie la giurisprudenza di merito fluttua, insomma, da orientamenti decisamente indulgenti<sup>[37]</sup> ad altri inopinatamente rigidi. Un fronte per così dire moderato ha preso corpo con particolare riferimento ai casi, non infrequenti, di notificazioni presso indirizzi non presenti nel registro ministeriale, rivolte a pubbliche amministrazioni inadempienti all'obbligo di attivarsi per l'inserimento nel registro predetto<sup>[38]</sup>. In questi casi si è rilevato che l'errore è in qualche misura indotto dal comportamento dell'amministrazione, la quale, trascurando di far includere un contatto digitale nel ReGIndE, ma rendendo comunque pubblico un proprio recapito di posta elettronica certificata, ha ingenerato un affidamento incolpevole nella controparte processuale<sup>[39]</sup> sulla validità dell'indirizzo pubblicato. Questo orientamento è argomentato facendo ricorso ai principi di

autoresponsabilità e leale comportamento che dovrebbero informare le condotte della pubblica amministrazione <sup>[40]</sup>. Esso non pare, tuttavia, pienamente soddisfacente, da un canto, perché non rappresenta le pregnanti e financo impellenti esigenze di diffusa modernizzazione del sistema, tali per cui gli errori meramente formali occorsi, ad esempio, nel campo minato della notificazione telematica non dovrebbero ritorcersi in danno del ricorrente fino al punto - considerate le decadenze proprie del processo amministrativo - di precludere il diritto d'azione <sup>[41]</sup>; dall'altro, e in una prospettiva di auspicata stabilizzazione delle prassi notificatorie corrette, perché non coglie il vero problema ingenerato dalla sostanziale disparità di dotazione delle parti del PAT a tutto vantaggio di quella pubblica, che non avrebbe a subire alcuna conseguenza per aver trascurato il dovere di comunicare l'indirizzo digitale per le notificazioni di atti del processo. L'indirizzo giurisprudenziale sopra ricordato non pare condivisibile, giacché il comportamento omissivo, imputabile all'Amministrazione, rende non solo incerta la notificazione del ricorso (ingenerando difficoltà operative e dubbi sulle modalità della notifica, ed esponendo il ricorrente al rischio manifesto di cadere in errori, potenzialmente esiziali), ma è incontrovertibilmente contraria ai doveri di imparzialità, correttezza e buon andamento. La trascuratezza in parola - a stretto rigore - inibisce, in termini concreti, alla parte privata la notificazione informatica a favore di quella cartacea, di per sé disagevole e onerosa, nonché possibile fonte di imperfezioni formali all'atto della successiva inclusione nel modulo di deposito telematico; la suddetta mancanza, poi, è comunque e di per sé rappresentativa di una condotta antigiuridica, lesiva dei principi di trasparenza, buona fede e buon andamento <sup>[42]</sup>.

Il riferimento ai principi di autoresponsabilità e di leale collaborazione della P.A. informa un sostanzioso filone giurisprudenziale <sup>[43]</sup> nel quale, giustamente, si evidenzia che, in specie nelle situazioni di omessa comunicazione al Ministero dell'indirizzo da inserire nel ReGIndE, l'Ufficio inadempiente non può «*trincerarsi*» dietro il disposto normativo che prevede lo specifico elenco da cui trarre gli indirizzi PEC, ai fini della notifica degli atti giudiziari, «*per trarne benefici in termini processuali, così impedendo di fatto alla controparte di effettuare la notifica nei suoi confronti con modalità telematiche*». E' indubitabile invero che, nei casi qui richiamati, l'atto è stato notificato tramite posta certificata ed è stato ricevuto dalla pubblica amministrazione, di talché il notificante non ha

nemmeno la percezione dell'errore nel quale è incorso. In applicazione dei principi generali pocanzi citati, è stato, quindi, ritenuto scusabile l'errore indotto dalla pubblicazione di indirizzo rivelatosi inidoneo sul sito internet dell'amministrazione o quello dipeso dall'inottemperanza della P.A. all'obbligo di iscrizione; muovendo dalle descritte premesse (e cioè dalla sussistenza di un errore, per quanto emendabile, riconducibile al ricorrente), quando l'Ufficio non si sia costituito, sanando l'occorsa nullità, il ricorrente è onerato della rinnovazione della notificazione, con modalità cartacea. Le pronunce considerate propongono una soluzione solo palliativa: esse sono sostanzialmente disequilibrate a favore dell'Amministrazione la quale - nonostante l'esplicito riconoscimento dell'inadempimento ad essa ascrivibile e cagionante l'errore - si trova in una posizione di sostanziale privilegio processuale e non subisce conseguenza alcuna dalla sua omissione. Pare, in tal senso, (encomiabilmente) coraggiosa la presa di posizione assunta dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia <sup>[44]</sup>, con riguardo a una vicenda nella quale l'Amministrazione aveva trascurato l'iscrizione nel ReGIndE. Il predetto Giudice riporta correttamente il *thema decidendum* all'imprescindibile rispetto dei principi di diritto di azione e di difesa, di buon andamento e di buona amministrazione, osservando che «*incombe su tutti gli operatori pubblici il dovere di comportarsi in maniera da renderne agevole l'esercizio* (il riferimento è al processo telematico, n.d.r.) *e di rimuovere gli ostacoli che, al contrario, lo rendono difficile*». In virtù di tali considerazioni di ordine logico-sistematico, senza dubbio condivisibili, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia giunge a sostenere che la scusabilità dell'errore notificatorio e la correlativa rimessione in termini del ricorrente, il quale abbia provveduto a notificare all'unico indirizzo digitale inserito in un elenco ufficiale, pur diverso dal registro tenuto dal Ministero della Giustizia, non sono una deroga ai principi che governano il processo, ma costituisce piuttosto «*una scelta coerente con il doveroso rispetto che si deve all'esercizio dei diritti fondamentali ricordati, che non tollerano subdole compressioni*». In conformità agli anzidetti rilievi, il Giudice d'appello siciliano, nella decisione in parola, ritiene corretto, dal punto di vista pratico, penalizzare la parte pubblica che si è resa inadempiente non tanto, e non solo, all'obbligo di comunicazione, ma, più propriamente, al dovere di non pregiudicare, attraverso quell'omissione a monte, l'esercizio della funzione

giurisdizionale nelle forme semplificate e moderne del processo telematico. Infatti il predetto Giudice afferma che *«l’omissione, da parte della pubblica amministrazione, di un adempimento semplice quale è quello di comunicare un indirizzo PEC al Ministero della Giustizia ai sensi dell’art. 16, comma 2, d.l. 179/2012, sortisce un effetto di fatto ‘escludente’ di quell’amministrazione dal processo, perché potrà ricevere le comunicazioni e notificazioni successive alla notifica del ricorso introduttivo solo mediante deposito nella segreteria del giudice (sicché potrebbe non venirne mai a conoscenza) e perché non è consentito comunicare con il sistema della giustizia amministrativa, per ragioni di sicurezza, se non tramite indirizzi PEC contenuti nei registri tenuti dal Ministero della giustizia»* <sup>[45]</sup>. Il sistema di improvvide guarentigie a favore di una sola parte processuale è scalfito, anche se l’effetto non pare essersi consolidato nelle aule di giustizia. La decisione innanzi ricordata, pur confermando la sanzione della nullità per la notifica telematica ad indirizzo inserito nell’Indice PA diverso da quello pure (già) incluso nel ReGIndE, si distingue per aver delineato una forma indotta di coercizione indirizzata alle pubbliche amministrazioni che ancora non hanno provveduto a comunicare il recapito per le notificazioni telematiche di atti processuali <sup>[46]</sup>.

#### **4. Considerazioni conclusive**

Come si è avuto modo di segnalare nella precedente trattazione, i giudici amministrativi non hanno ancora assunto una posizione chiara e univoca in merito alla questione relativa alla validità della notificazione telematica ad indirizzo non inserito nel ReGIndE.

Tra le diverse opinioni espresse in argomento appare maggiormente persuasiva quella propensa ad affermare, almeno in via di principio, l’incondizionata validità ed efficacia della notificazione *paperless* a domicilio digitale tratto (anche) dall’Indice PA. In aderenza a tale linea interpretativa, nella recente pronuncia 12 dicembre 2018, n. 7026 <sup>[47]</sup>, la Sezione Quinta del Consiglio di Stato ha rilevato che l’Indice PA, in quanto *«pubblico elenco in via generale»*, è *«ancora»* (i.e. anche dopo la modifica dell’art. 16 *ter* d.l. n. 179/ 2012 ) utilizzabile per le notificazioni alle P.A., *«soprattutto se l’amministrazione pubblica destinataria della notificazione telematica è rimasta inadempiente all’obbligo di comunicare*

*altro e diverso indirizzo PEC da inserire nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della Giustizia». Nella sentenza in esame sono autorevolmente messe in luce la «necessità di assicurare lo svolgimento telematico del processo in ognuna delle sue fasi, senza alcuna soluzione di continuità che potrebbe pregiudicare l'efficienza e l'efficacia del sistema complessivamente considerato», nonché, in sinergica correlazione, la primazia dei «canoni di autoresponsabilità e legittimo affidamento cui deve ispirarsi il...leale comportamento» della pubblica amministrazione, la quale «non può trincerarsi - a fronte di un suo inadempimento - dietro il disposto normativo che prevede uno specifico elenco da cui trarre gli indirizzi PEC ai fini della notifica degli atti giudiziari, per trarne benefici in termini processuali, così impedendo di fatto alla controparte di effettuare la notifica nei suoi confronti con modalità telematiche». La già riportata locuzione «soprattutto se», interposta nell'illustrazione delle ragioni giuridiche che sorreggono la decisione, sembra introdurre, ragionando *a contrario*, l'enunciazione di un principio di carattere generale, valido a prescindere dall'omessa comunicazione di cui si è detto, tale per cui vi sarebbe una sostanziale equipollenza tra gli indirizzi PEC che l'Amministrazione abbia comunque reso pubblici.*

Le suesposte osservazioni, svolte dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 7026/2018<sup>[48]</sup>, risultano difficilmente confutabili<sup>[49]</sup>. Le ragioni, di giustizia sostanziale, già illustrate in precedenza<sup>[50]</sup>, inducono a ritenere corretta ed opportuna la prevalenza accordata in detta decisione ai canoni di autoresponsabilità, tutela dell'affidamento e leale collaborazione rispetto alle altre regole parimenti invocabili nella fattispecie, prime fra tutte i principi del raggiungimento dello scopo e di garanzia del contraddittorio. Sarebbe invero auspicabile il consolidarsi, senza tentennamenti, dell'orientamento ora considerato, propenso ad escludere, nelle vicende di cui si discute, la nullità (e financo la mera irregolarità sanabile) della notificazione effettuata ad un recapito digitale dell'amministrazione diverso da quello indicato nel ReGINdE.

D'altra parte, in virtù dei criteri generali che governano il processo, la nullità dovrebbe essere l'*extrema ratio*, comminabile nei soli casi in cui sia espressamente prevista *ex lege*<sup>[51]</sup>, e salva l'ipotesi di conservazione dell'atto che comunque abbia conseguito lo scopo al quale è preordinato *ex art. 156, comma 3, del codice di rito*. Giova rammentare che, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale

<sup>[52]</sup>, quest'ultima norma ha portata generale ed è pertanto applicabile anche al processo amministrativo.

Non si può dire che l'impostazione innanzi riferita, e qui caldeggiata, sia ormai definitivamente recepita dai giudici amministrativi. In particolare la giurisprudenza di vertice sembra ancora incline ad un certo rigorismo formale. Anche di recente<sup>[53]</sup> il Consiglio di Stato ha ribadito che l'intimazione dell'amministrazione che ha emanato l'atto da impugnare è rituale solo se la notifica digitale del ricorso sia fatta ad indirizzo desunto dall'elenco tenuto dal Ministero della Giustizia. In particolare nella pronuncia 22 ottobre 2019, n. 7170, il massimo Organo della giustizia amministrativa ha confermato che, ai fini della notificazione del ricorso, è esclusa "ogni forma di equipollenza" degli indirizzi estratti dal registro tenuto dal Ministero della Giustizia, menzionando alcuni precedenti conformi<sup>[54]</sup>. La pronuncia ora richiamata è connotata, peraltro, da una non ascosa contraddittorietà: da un canto, infatti, essa fa riferimento alla «*esigenza di certezza sottesa alla richiamata disciplina*»<sup>[55]</sup>, che verrebbe in rilievo «*trattandosi di adempimenti che si pongono a presidio dell'effettività del contraddittorio siccome funzionali ad una tempestiva ed efficace organizzazione della linea difensiva delle Amministrazioni intimata*»; dall'altro, la decisione stessa finisce per riconoscere, attribuendovi rilevanza prioritaria, la sussistenza «*pur nel rigore valutativo qui esigibile*» di «*oggettive ragioni di incertezza sulla questione di diritto suesposta*»<sup>[56]</sup>. La sentenza in esame incarna quella "oscillazione giurisprudenziale" a cui si è fatto cenno in precedenza, poiché, pur muovendo da ineludibili petizioni di principio, addotte a presidio di esigenze di per sé non percepibili come dirimenti (e cioè l'organizzazione della difesa della parte pubblica), in punto di decisione, ammette la scusabilità dell'errore notificatorio ed accorda il beneficio della rimessione in termini, previsto dall'art. 37 del c.p.a., che, in termini pratici, si traduce nel consentire alla parte ricorrente di rinnovare all'Amministrazione intimata la notifica del ricorso, utilizzando il recapito corretto.

Si ritiene che l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato, del quale si è testè riferito, trascuri, nell'enunciazione dei postulati giuridici che afferma essere preminenti, di considerare che il processo non può essere inteso come un monolite, del quale preservare strenuamente l'astratta regolarità formale, a scapito delle superiori esigenze di giustizia sostanziale. L'interprete dovrebbe

censurare con intransigenza le sole trasgressioni che coinvolgono il diritto di azione e quello correlativo alla difesa <sup>[57]</sup>, nonché il rispetto del contraddittorio <sup>[58]</sup>; al contrario le mere deviazioni formali da regole strettamente procedurali, che non compromettono l'essenza giuridica dell'atto processuale, non dovrebbero essere sanzionate in termini di irredimibilità, ma essere, tutt'al più, passibili di correzione, con gli strumenti offerti dal sistema processuale, *in primis* - ove occorra - con la rimessione in termini della parte onerata. Peraltro la ricezione da parte dell'amministrazione dell'atto notificato tramite posta certificata dovrebbe di per sé precludere alla medesima amministrazione intimata la possibilità di contestare la notificazione ad un indirizzo non valido. La dematerializzazione in modalità informatiche della sequenza di attività necessarie alla notificazione, infatti, non implica conseguenze sull'effetto proprio dell'incombente in parola e cioè la presa di conoscenza legale dell'atto processuale da parte del destinatario <sup>[59]</sup>: ai sensi dell'art. 48, comma 2, CAD, la posta elettronica certificata è lo strumento che, per il destinatario, produce l'effetto conoscitivo della ricezione del documento informatico <sup>[60]</sup> allegato al messaggio PEC e, per il mittente, costituisce adempimento all'onere della notificazione, equivalente a quella eseguita a mezzo posta, ai sensi dell'art. 149 c.p.c.. Invero, secondo i principi generali e le prassi durevolmente attuate prima della digitalizzazione, raggiunta la piena conoscenza dell'atto, la notificazione è perfezionata e il destinatario non può legittimamente esimersi dall'affrontarne le conseguenze giuridiche che da tale adempimento discendono.

Le considerazioni innanzi prospettate sono intrinsecamente coerenti con la posizione prevalente assunta dalla giurisprudenza amministrativa con riguardo, in generale, alle violazioni delle regole tecniche del PAT: queste ultime - secondo l'opinione più diffusa - non comportano la nullità dell'atto ma la sua irregolarità, sanabile entro il termine perentorio concesso dal giudice <sup>[61]</sup>. Non si vede per quale ragione allora si debba postulare una maggior inflessibilità interpretativa con riguardo alla notificazione del ricorso, considerato peraltro che l'eventuale comminatoria di irricevibilità (o di inammissibilità) può determinare l'irrimediabile compromissione della pretesa azionata.

D'altro canto, parrebbe profilarsi un'apertura anche nella più rigida e monolitica giurisprudenza della Cassazione (la cui intransigenza sembrerebbe frenare anche l'avanzata in direzione sostanzialistica del Consiglio di Stato): nella recente

sentenza 17 ottobre 2019, n. 26430, già citata in precedenza <sup>[62]</sup>, la Corte Suprema afferma il principio di diritto secondo il quale «*Il mero errore nella individuazione dell'indirizzo del destinatario ove l'atto da notificarsi abbia comunque raggiunto il primo, persona fisica o giuridica, non è causa di inesistenza dell'incombente e come tale legittima il notificante ad essere rimesso in termini ex art. 153, comma 2, c.p.c., ove medio tempore l'effetto non sia stato altrimenti raggiunto*», con la costituzione del soggetto stesso. Non si può (ancora) congetturare che la pronuncia rappresenti un *revirement* nell'auspicabile direzione della definitiva abdicazione da formalismi contrari allo spirito della digitalizzazione dei giudizi e al senso comune della giustizia; è chiaro invece che la decisione conferma l'incertezza dilagante nell'applicare una normativa eccessivamente complessa. La pronuncia è comunque un punto di riferimento significativo per coonestare una linea ermeneutica che antepone la salvaguardia delle finalità proprie degli atti e degli adempimenti processuali rispetto al mero rigore formale.

Semplificando, quantomeno nell'enunciazione delle situazioni che possono avere profili di criticità rispetto alla notificazione ad indirizzo digitale della P.A., le deviazioni dall'ipotesi di notificazione a recapito estratto dall'elenco ministeriale, possono essere ricondotte alle seguenti situazioni: o la notificazione a indirizzo diverso da quello risultante dal ReGINdE è stata fatta, nonostante la comunicazione da parte dell'Amministrazione agli uffici del Ministero e l'inserimento nel predetto registro; oppure è stato utilizzato un contatto digitale certificato reso pubblico dalla P.A., la quale però non ha provveduto all'obbligo anzidetto. Con riferimento all'ultima ipotesi parrebbe ormai radicata l'interpretazione (quantomeno del Giudice amministrativo) secondo la quale la P.A. non possa avvantaggiarsi di un inadempimento ad essa attribuibile, per sottrarsi al sindacato giurisdizionale sui provvedimenti emessi. A questo proposito, tuttavia, occorre segnalare la mancanza allo stato di un'univoca enunciazione dei presupposti logico-giuridici, che sostengono la prospettazione, nei casi qui in discorso, dell'errore scusabile e della correlativa rimessione in termini (che peraltro sfocia nell'onere per il ricorrente di notificare l'atto con modalità tradizionale). L'impostazione che rinviene - nelle situazioni innanzi descritte - un errore del ricorrente, seppur scusabile e sanabile, non convince perché manca di considerare il fatto indiscutibile dell'omissione da parte della



P.A., la quale, comunque, risulta essere l'unica beneficiaria dell'eventuale rinnovazione della notifica, poiché l'altra parte è gravata di un onere ulteriore, non determinato da cause a sé imputabili, che può essere foriero di errori e che comporta costi non considerati. Si reputa quindi preferibile focalizzare l'attenzione sull'inadempimento della P.A., la quale ha contravenuto all'obbligo di rendere pubblico l'indirizzo digitale specificamente destinato alla ricezione degli atti giudiziari, e, al contempo, ha violato i doveri di correttezza, trasparenza e leale collaborazione.

L'inosservanza, da parte dell'amministrazione, della previsione che impone di comunicare l'indirizzo agli uffici ministeriali non è espressamente sanzionata dal Legislatore, il quale, come si è detto, non appresta alcun rimedio né coercitivo né punitivo all'indolenza della P.A.; le condotte pubbliche confliggenti con una norma espressa di legge e implicanti una deviazione dai doveri costituzionali di imparzialità e buon andamento non possono, però, essere prive di qualsiasi conseguenza per il soggetto responsabile di tali condotte, e comunque non debbono risolversi in un vantaggio indebito per quest'ultimo. In tale prospettiva, pare ragionevole trasferire eventuali disagi processuali sulla parte (e solo su quella parte) che, si ripete, con la sua negligenza, ha impedito al ricorrente di notificare l'atto, secondo le disposizioni di legge, ad indirizzo estratto dal ReGINde, così rendendo incerto e complicato, per la parte agente, l'assolvimento degli oneri processuali funzionali all'instaurazione del giudizio.

Non solo; la notificazione dovrebbe essere ritenuta valida ed efficace anche nel caso in cui l'errore nella individuazione del corretto domicilio digitale non sia stato indotto dal comportamento dell'amministrazione, che abbia colpevolmente trascurato di fornire al Ministero l'indirizzo pec, valido per la notificazione, in via telematica, degli atti giudiziari.

La soluzione interpretativa ora prospettata è, tuttavia, configurabile solo qualora sussistano talune condizioni "minime", in grado di garantire l'esito positivo della notificazione effettuata, ossia la sicura ricezione dell'atto inviato e la piena conoscibilità dello stesso da parte del destinatario: a tal fine appare necessario, innanzitutto, che il differente recapito utilizzato dal ricorrente sia comunque riconducibile, con certezza, all'amministrazione resistente (detta ipotesi è predicabile, in particolare, quando l'indirizzo in concreto impiegato per la notificazione sia stato estratto dal sito istituzionale dell'autorità interessata o da

elenchi pubblici, quale, ad esempio, l'elenco INI-PEC); occorre, inoltre, che siano rispettati i requisiti indispensabili per la consistenza strutturale dell'adempimento in parola (in primo luogo la dizione nell'oggetto del messaggio «*notificazione ai sensi della legge n. 53 del 1994*», che, di per sé, consente al destinatario di apprendere agevolmente il contenuto e la finalità della comunicazione e dell'atto allegato), e che, naturalmente, il sistema informatico del mittente dia evidenza della ricezione dell'atto stesso.

Qualora siano rinvenibili le suindicate condizioni, la notificazione, seppur non perfettamente corrispondente al modello legale di riferimento, appare pienamente idonea ad assolvere alla funzione sua propria, ovvero a quella di rendere edotto il destinatario dell'iniziativa giudiziale *ex adverso* intrapresa e di metterlo nelle condizioni di costituirsi in giudizio e di esercitare i diritti di difesa. Infatti, anche il ricorso inviato ad un indirizzo pec dell'amministrazione resistente diverso da quello contenuto nel ReGINde è, comunque, indiscutibilmente pervenuto nella sfera di conoscibilità della stessa amministrazione, una volta che quest'ultima abbia ricevuto il relativo messaggio di posta elettronica certificata; pertanto la notificazione in tal modo eseguita ha raggiunto il suo scopo.

In ossequio ai principi del giusto processo, enucleati nell'art. 111 Cost., e del principio della strumentalità delle forme, le regole processuali sono, o perlomeno dovrebbero essere, preordinate ad assicurare il rispetto di effettive garanzie difensive <sup>[63]</sup>. Nelle ipotesi di cui si discute, non sembra, peraltro, che le fondamentali esigenze del contraddittorio siano suscettibili di essere pregiudicate o compromesse, almeno sino a prova contraria (nel qual caso sembrerebbe sufficiente, in forza dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e conservazione degli atti, una mera regolarizzazione postuma), posto che, con l'uso della normale diligenza, l'amministrazione è certamente nelle condizioni di compiere l'attività giudiziale che ritiene utile o necessaria anche qualora abbia ricevuto la notificazione del ricorso ad un indirizzo pec differente da quello da essa stessa prescelto per tale tipologia di comunicazione legale rivolta nei suoi confronti.

Occorre, inoltre, sottolineare che la molteplicità degli elenchi pubblici dei domicili digitali, oggi esistente, e la pluralità dei recapiti, stabiliti dalle singole amministrazioni per le corrispondenze telematiche con i terzi, può facilmente indurre in errore il notificante o, comunque, rendere non agevole

l'individuazione della specifica casella di posta elettronica da utilizzare per la trasmissione del ricorso alla controparte pubblica. Sarebbe quanto mai opportuno un intervento del legislatore volto ad accorpate in un unico elenco, valido per ogni tipo di notificazione, gli indirizzi forniti dalle autorità amministrative <sup>[64]</sup> che, come si è accennato, sono i soli soggetti a poter essere titolari di recapiti diversi a seconda del tipo di notificazione: del resto, unica è - ed è sempre stata - la sede legale degli enti pubblici, presso la quale è consentito effettuare la tradizionale notificazione in forma cartacea <sup>[65]</sup>.

Nell'attesa dell'intervento risolutivo sopra auspicato, si spera che la giurisprudenza giunga ad elaborare indirizzi 'conservativi e sostanzialistici' unanimi, capaci di orientare, con direttive chiare ed inequivocabili, l'operatore del diritto.

1. L'articolo specifica, al comma 3, che: «*Le modifiche introdotte dal presente articolo, nonché quelle disposte dall'articolo 20, comma 1 bis, del decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 132, come modificato dal presente articolo, hanno efficacia con riguardo ai giudizi introdotti con i ricorsi depositati, in primo o in secondo grado, a far data dal 1° gennaio 2017; ai ricorsi depositati anteriormente a tale data, continuano ad applicarsi, fino all'esaurimento del grado di giudizio nel quale sono pendenti alla data stessa e comunque non oltre il 1° gennaio 2018, le norme vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.*».
2. Sui connotati essenziali del processo telematico si veda R. Caponi, *Lingua e processo. Le parole del diritto dinanzi al giudice*, in [www.academia.edu](http://www.academia.edu), 2014; M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 2016, p. 2585 ss.. In generale, sulla fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale si rinvia a G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.
3. Il Processo Amministrativo Telematico è regolato sotto il profilo operativo in base a norme tecniche adottate principalmente con il D.P.C.M. n. 40/2016; ulteriori norme tecniche sono disciplinate del Codice dell'Amministrazione Digitale, disciplinato dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e in alcune norme di attuazione del Codice del Processo Amministrativo.
4. Così si legge nella Comunicazione n. 579/2017 dell'Ufficio Stampa della stessa Giustizia Amministrativa reperibile sull'omonimo sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
5. Si ricorda che il Consiglio di Stato, Sez. IV, nella sentenza 4 aprile 2017, n. 1541, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha addirittura escluso la sanzione dell'inammissibilità per un ricorso depositato con modalità cartacea nonostante la vigenza del PAT: la vicenda è di per sé estrema, ma è significativa la posizione sostanzialista ivi espressa dall'organo di

- vertice della giustizia amministrativa.
6. E' stato osservato che la questione della notificazione a mezzo PEC ha direttamente a che fare con i rapporti tra processo civile e processo amministrativo (B. Sassani, *commento all'art. 39 c.p.c.*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di F. Caringella - M. Protto, IV ed., Trento, 2015, p. 488 ss.); si è anche affermato che il tema tocca, indirettamente, i rapporti tra le situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo (A. Romano, *commento all'art. 26 T.U. Cons. Stato*, in A. Romano - R. Villata, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2009, p. 1117).
  7. Il sistema PEC si basa, con riferimento al colloquio tra i gestori, sul protocollo c.d. SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) secondo quanto previsto dal paragrafo 7.3 delle Regole tecniche del servizio di trasmissione di documenti informatici mediante posta elettronica certificata, di cui all'Allegato al d.m. 2 novembre 2005, recante le regole tecniche per la formazione, la trasmissione e la validazione, anche temporale, della posta elettronica certificata.
  8. La questione, all'evidenza, vale anche reciprocamente per l'indirizzo di posta elettronica certificata di spedizione degli atti telematici.
  9. Sulla nozione di domicilio digitale si veda P. Provenzano, *Decreti Madia e nuova disciplina del c.d. "domicilio digitale": quali prospettive?* in *Federalismi.it*. Il domicilio digitale corrisponde ad un indirizzo di posta elettronica certificata, o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato, secondo il disposto dell'art. 1, comma 1, lett. n-ter), del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82. In argomento si veda pure G. Carullo, *Elezione del domicilio digitale per la ricezione di notifiche di atti giudiziari: dubbi in relazione alla diversa disciplina dettata per i privati e per le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 228 ss..
  10. La tassatività dei pubblici elenchi da cui estrarre gli indirizzi è stabilita dall'art. 16 ter, comma 1, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179.
  11. L'art. 13 *bis* delle norme di attuazione del c.p.a. - introdotto con il d.l. 31.8.2016, n. 168 - prevede, per i primi tre anni, la possibilità per il T.a.r., in sede di giudizio di primo grado, a fronte di contrasti giurisprudenziali sulla normativa inerente al processo amministrativo telematico, di adire l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sua peculiare funzione nomofilattica. Ad oggi, non è stata registrata alcuna rimessione all'Adunanza Plenaria sulla questione ora indicata.
  12. La notifica cartacea è consentita, anche nel regime PAT, ai sensi dell'art. 14 del Regolamento di cui al D.P.C.M., 16 febbraio 2016, n. 40, con conseguente onere di depositare nel fascicolo informatico la copia digitale (con asseverazione di conformità) degli atti relativi alla notificazione, ai sensi dell'art.14, comma 5, d.m. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico) e dell'art. 14, comma 6, Allegato A, del medesimo regolamento.
  13. Cfr. G. Carullo, *Nuove insidie nel processo amministrativo telematico: standard di firma digitale e validità della notifica*, in *www.giustamm.it*.

14. L'elenco, di cui all'articolo 6 bis, d.lgs. 82/200,5 è l'«*Indice nazionale dei domicili digitali delle imprese e dei professionisti*», noto come INI-PEC, «*realizzato a partire dagli elenchi di indirizzi PEC costituiti presso il registro delle imprese e gli ordini o collegi professionali*». Il menzionato articolo prevede anche che «*i domicili digitali inseriti in tale Indice costituiscono mezzo esclusivo di comunicazione e notifica con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2*» e cioè le pubbliche amministrazioni, i gestori di pubblici servizi e le società soggette a controllo pubblico.
15. L'elenco previsto e disciplinato dall'articolo 6 quater, è, poi, l'«*indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche e degli altri enti di diritto privato, non tenuti all'iscrizione in albi professionali o nel registro delle imprese*», per i soggetti nei confronti dei quali non sussiste, cioè, l'obbligo di dotarsi di un indirizzo PEC.
16. Per quanto riguarda le imprese, l'art. 16 ter richiama l'art. 16, comma 6, d.l. n. 185/2008, il quale prevede l'obbligo di comunicare il proprio indirizzo PEC al Registro delle Imprese; gli indirizzi, così comunicati, confluiscono nell'INI-PEC (art. 6 bis, comma 2, CAD) e sono consultabili anche attraverso l'elenco liberamente accessibile all'indirizzo *www.registroimprese.it*.
17. Sul punto A. Sdanganelli, *Notificazione degli atti a mezzo PEC nel processo amministrativo*, in *www.lexitalia.it*, p. 8, ha osservato che: «*La singolare scelta del legislatore rappresenta un passo indietro, per certi versi incomprensibile ed irrazionale, in quanto priva l'operatore di un mezzo agevole, adatto a valorizzare le virtù del processo telematico. La restrizione, ovvero la sfiducia verso il registro IPA, mostra preoccupanti segni di incoerenza nel sistema dell'innovazione digitale, se si pone mente al fatto che esso è l'archivio ufficiale degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi, contiene informazioni dettagliate sugli enti, sulle strutture organizzative, sulle competenze dei singoli uffici e sui servizi offerti. La sua gestione è affidata all'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), ente pubblico istituito dall'art. 19, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, con il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana (in coerenza con gli obiettivi dell'Agenda digitale europea) e contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica. Inoltre, l'AGID, ai sensi dell'art. 20 d.l. cit., coordina le attività dell'amministrazione statale, regionale e locale, progettando e monitorando l'evoluzione del Sistema Informativo della Pubblica Amministrazione; adotta infrastrutture standard che riducano i costi sostenuti dalle singole amministrazioni e migliorino i servizi erogati a cittadini e imprese; definisce le linee guida, regolamenti e standard; svolge attività di progettazione e coordinamento di iniziative strategiche per un'efficace erogazione di servizi online della pubblica amministrazione a cittadini e imprese; assicura l'uniformità tecnica dei sistemi informativi pubblici.*». L'Autore ha altresì sottolineato perspicacemente (in *ult. op. e loc. cit.*) che «*Peraltro, un'incisiva azione operativa da parte dell'AGID ha reso possibile acquisire con completezza le informazioni nei riguardi di tutte le pubbliche amministrazioni, rendendo l'IPA un registro di consultazione di larga diffusione, confacente alle aspettative dell'utenza. Il*

*repentino scetticismo verso l'IPA e, inevitabilmente, il suo gestore AGID, coglieva di sorpresa la platea di utenti, ma sembrava bilanciato dall'art. 47 d.l. n. 90/2014 - rivelatasi illusorio - che fissava l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di iscriversi, entro il 30 novembre 2014, nel Registro PP.AA.. Sin dall'origine, l'operazione normativa delineata dal decreto legge n. 90/2014 presentava un notevole coefficiente di rischio circa l'impatto atteso dall'intervento normativo e sugli effetti di quest'ultimo nei confronti di cittadini, operatori giuridici, imprese e funzionamento della pubblica amministrazione, giacché il conseguimento dell'obiettivo - piena operatività del Registro PP.AA. - era affidato alla partecipazione spedita e corale delle pubbliche amministrazioni obbligate all'iscrizione nel registro. Com'era prevedibile, mancando la previsione di una sanzione a carico degli inadempienti, l'avvertimento è passato come un consiglio paterno privo di forza cogente, con la conseguenza che lo scopo della normativa è stato vanificato per l'esiguità delle iscrizioni, rendendo il Registro PP.AA., a tutt'oggi, assimilabile ad una congrega per pochi intimi, nel quale le incontrastate defezioni determinano conseguenze distorsive sull'intero sistema del processo telematico: di fatto, l'impossibilità di notificare a mezzo PEC atti processuali di parte alla maggioranza delle pubbliche amministrazioni per non incorrere nella nullità della notificazione». Lo stesso Autore ha, infine, posto in rilievo (in *ult. op. cit.*, 9) che «L'opzione del legislatore di emarginare l'IPA dai registri aventi validità legale per le notificazioni via PEC, associata all'insuccesso dell'auto-arruolamento nel Registro PP.AA. da parte dei soggetti obbligati, ha prodotto conseguenze restrittive sul ruolo degli avvocati abilitati alle notificazioni ex l. n. 53/1994, a causa di una disfunzione - iscrizione obbligatoria dei soggetti pubblici - direttamente ascrivibile al primo. La focalizzazione sull'effetto plurimo - dequotazione dell'IPA in favore dell'espansione del Registro delle PP.AA.- induce già a cogliere alcune sfumature incompatibili con il principio di ragionevolezza cui il legislatore deve attenersi, specie se, come nel caso in esame, l'essenza vitale della norma dipenda dal fatto del terzo, id est dall'adesione volontaria dei soggetti pubblici destinatari delle notificazioni ex l. n. 53/1994. In altri termini, la svalutazione dell'IPA si è rivelata alquanto improduttiva, visto che il prevedibile scompenso che ha investito il Registro PP.AA. per l'inosservanza dell'obbligo di iscrizione da parte dei soggetti pubblici impedisce ora la notificazione a mezzo PEC nei confronti di essi, arrecando una distorsione fra la norma statale divisata ed il principio di ragionevolezza incentrato sulla rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola costituzionale, con riferimento "alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore, rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti" ed al controllo della loro coerenza con la ratio della legge al sistema».*

18. Adottato, come noto, con il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.
19. L'indice è alimentato dai dati che le pubbliche amministrazioni stesse inviano al sistema, come prescritto dall'art. 47, comma 3, CAD.
20. In argomento si rimanda, per approfondimenti, a G. Cassano - C. Giurdanella (a cura di), *Il Codice dell'amministrazione digitale*, commentario al D.Lgs. n. 82 del 7 marzo 2005,

- Giuffrè, Milano, 2005, *passim*; G. Duni, L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica, Giuffrè, Milano, 2008, *passim*.
21. L'ente fu istituito dall'art. 176 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice per la protezione dei dati personali), in sostituzione dell'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (AIPA); esso ha poi cambiato nome in DigitPA. Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, ha soppresso quest'ultimo organismo istituendo, con le medesime funzioni, l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) e ha affidato le attività di 'centrale di committenza' di DigitPA, per conto delle PA, alla Consip s.p.a.
  22. Appare utile rammentare che l'IPA era in origine contemplato dal citato articolo 16 *ter*, d.lgs. n. 179/2016, tra i pubblici elenchi dai quali poter trarre gli indirizzi PEC validi per le notifiche telematiche; l'art. 45 *bis*, comma 2, lettera a), numero 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, ha espunto questo riferimento; successivamente anche il d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 (che ha sostituito il testo dell'art.16 *ter* cit.), non ha incluso l'IPA.
  23. In particolare nel registro in questione sono indicati gli indirizzi delle pubbliche amministrazioni, cui si riferisce l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.
  24. All'art. 7, c. 5, del provvedimento, datato 16 aprile 2014, emesso dal responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della Giustizia e contenente «*Specifiche tecniche previste dall'art. 34 comma 1 del decreto del Ministro della giustizia in data 21 febbraio 2011 n. 44, recante regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione, nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ai sensi dell'articolo 4, commi 1 e 2, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella legge 22 febbraio 2010, n. 24*» (reperibile in *pst.giustizia.it*) è scritto che «*Il ReGIndE non gestisce informazioni già presenti in registri disponibili alle PP.AA., qualora questi siano accessibili in via telematica ai sensi dell'articolo 16 del decreto-legge 29 novembre 2008 n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009 n. 2, il cui contenuto occorre ai sistemi del dominio Giustizia; da tali registri - tra cui il registro delle imprese, l'indice nazionale delle imprese e dei professionisti (INI-PEC), l'anagrafe nazionale della popolazione residente (ANPR) e il domicilio digitale del cittadino di cui all'art 3-bis del CAD - sono recuperati gli indirizzi di PEC dei professionisti e delle imprese, nonché gli indirizzi dei cittadini ivi censiti*». Si veda in proposito altresì il prospetto recante «*Flussi di alimentazione del Registro Generale degli Indirizzi Elettronici*» (parimenti reperibile in *pst.giustizia.it*).
  25. Per ulteriori approfondimenti sugli aspetti critici della normativa in materia di elezione del domicilio digitale per la notifica degli atti giudiziari esame ora evidenziati - riguardanti il diverso trattamento riservato dalla legge ai privati e alla pubblica amministrazione - si rinvia a G. Carullo, *Elezione del domicilio digitale per la ricezione di notifiche di atti giudiziari: dubbi in relazione alla diversa disciplina dettata per i privati e per le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 228 ss..
  26. Sul punto si veda Cons. St., ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 33, in Foro amm. 2014, 3061, in cui si evidenziano le difficoltà interpretative «*delle norme dedicate a regolare le*

*comunicazioni digitali tra pubbliche amministrazioni e professionisti che si sono succedute dal 2005 a oggi; da esse si ricava [...] l'impressione di un quadro legislativo frammentato e incoerente e, come tale, privo di quel coordinamento sistematico e di quella chiarezza lessicale che assicurerebbero parametri affidabili di identificazione del precetto di riferimento».* In dottrina si veda B. Brunelli, *Misure minime di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 512, la quale - in conformità al giudizio espresso in argomento dall'Adunanza plenaria - osserva che «*il processo paperless è stato finora un miscuglio di molti, troppi interventi normativi, tutti caratterizzati da una serie di carenze ed incongruenze molto evidenti che hanno creato spesso un clima di notevole incertezza*».

27. Cfr. T.a.r. Sicilia, Catania, sez. II, 4 dicembre 2017, n. 2806, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella quale si riconosce che «*il continuo cambiamento (rectius, capovolgimento), da parte del legislatore, delle regole in punto di notifica via PEC degli atti giudiziari nei vari e numerosi processi (amministrativo, civile e penale) non è certamente di aiuto al piano esercizio della professione forense, soprattutto nei periodi iniziali di transizione*».
28. Cfr. Cass. civ., sez. VI, 27 giugno 2019, n. 17346, in *www.cortedicassazione.it*; Id., sez. VI lav., ord. 25 maggio 2018, n. 13224, *ivi*; Id., sez. VI, ord. 11 maggio 2018, n. 11574, *ivi*; Cons. St., sez. III, sentenza 29 dicembre 2017, n. 6178, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., sez. III, sentenza 20 gennaio 2016, n. 197, *ivi*; Id., sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5891, *ivi*.
29. Sulla notificazione via pec alla P.A. si veda, in dottrina (oltre agli autori già in precedenza citati), F. De Leonardis, *La notificazione diretta del ricorso giurisdizionale via posta elettronica certificata (pec) tra autonomia ed eteroreferenzialità del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, p. 432 ss.; F. Cardarelli, *La notifica a mezzo pec del ricorso*, in *Il libro dell'anno*, Treccani 2014, Milano, p. 681 ss.; F. Cortese, *Giustizia amministrativa e processo telematico: prime avvisaglie*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, p. 548 ss.; I. Pisano, *Senza le norme tecniche e i nuovi finanziamenti a rischio il processo amministrativo telematico*, in *Giuda al dir.*, 2014, 27, p. 10 ss.
30. Cfr. T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, 13 luglio 2017 n. 1842, in *www.lexitalia.it*; T.a.r. Basilicata, 21 settembre 2017, n. 607, *ivi*; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. III, 13 ottobre 2017, n. 2401, *ivi*; T.A.R. Toscana, sez. I, 27 ottobre 2017, n. 1287, *ivi*.
31. Anche di recente la Cassazione ha confermato di ritenere nulla la notifica telematica ad un indirizzo diverso da quello risultante dal ReGIndE; così Cass. civ., sez. VI, 27 settembre 2019, n. 24110, in *www.cortedicassazione.it*; Id., 5 aprile 2019, n. 9562, *ivi*; Id., sez. III, 8 febbraio 2019, n. 3709, *ivi*; Id., sez. I, 9 gennaio 2019, n. 287, *ivi*.
32. Così Cass. civ., Sez. III, 8 febbraio 2019, n. 3709 cit.; la sentenza è stata peraltro oggetto di una chiara presa di posizione del Consiglio Nazionale Forense con lettera del 5 marzo 2019 (reperibile sul sito dello stesso C.N.F.), nella quale si segnala al Primo Presidente della Cassazione l'errore (che il C.N.F. qualifica come 'materiale') contenuto nella pronuncia «*laddove si sostiene la nullità delle notifiche effettuate ad un indirizzo estratto da INI-PEC*» e si rileva che «*in realtà la decisione intendeva far riferimento alla nullità di un*



*indirizzo estratto dall'Indice delle Pubbliche Amministrazioni - iPA».* La missiva si limita alla predetta segnalazione; essa non coglie invero l'occasione per ampliare la discussione e porre il tema cruciale degli errori formali collegati alla digitalizzazione dei processi. La Corte di Cassazione ha emendato la pronuncia in questione con l'ordinanza di correzione di errore materiale n. 29749 del 15 novembre 2019, nei seguenti termini: *«L'affermazione generica della inattendibilità del registro INI-PEC, quale obiter dictum apparentemente appoggiato al precedente, isolato, n. 3709 del 2019, non è suscettibile di mettere in discussione il principio enunciato dalle S.U. n. 23620/2018 (ma, nello stesso senso, già Cass. civ., n. 30139/2017), per cui 'in materia di notificazioni al difensore, in seguito all'introduzione del domicilio digitale, previsto dall'art. 16-sexies del d.l. n. 179 del 2012, è valida la notificazione al difensore eseguita presso l'indirizzo PEC risultante dall'albo professionale di appartenenza, in quanto corrispondente a quello inserito nel Pubblico elenco di cui all'art. 6-bis del d.lgs. n. 82/2005, atteso che il difensore è obbligato, ai sensi di quest'ultima disposizione, a darne comunicazione al proprio ordine e quest'ultimo è obbligato ad inserirlo sia nei registri INI PEC sia nel ReGindE, di cui al d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, gestito dal Ministero della Giustizia'».*

33. In tal senso Cons. Stato, sez. III, sentenza 5 febbraio 2018, n. 744, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III-quater, 6 dicembre 2017 n. 12045, in *www.lexitalia.it*.
34. Espresso dall'art. 156, comma 3, c.p.c., e, nel processo amministrativo, dall'art. 44, comma 3, c.p.a..
35. La Suprema Corte, sez. I, nella recente sentenza del 9 gennaio 2019, n. 287, già in precedenza menzionata, ha riconosciuto l'astratta possibilità della rimessione in termini, pur con rigide condizioni, e ha affermato che *«L'assegnazione di un ulteriore termine per la notificazione, in deroga al principio generale di improrogabilità dei termini perentori ex art. 153 c.p.c., è possibile solo a condizione che l'esito negativo del procedimento notificatorio sia dipeso da un fatto oggettivo ed incolpevole del quale la parte deve offrire puntuale e rigorosa dimostrazione»*, concludendo che *«in mancanza di errore incolpevole e giustificabile non può essere invocata la rimessione in termini e conseguente fissazione di un nuovo termine per la rinnovazione della notificazione rispetto a quello perentorio inutilmente scaduto (Cass. n. 11154/2018 e SU 14916/2016)»*.
36. Si segnala la recente decisione della Corte di Cassazione, sez. I civ., sentenza 17 ottobre 2019, n. 26430, in *www.ilprocessotelematico.it*, in cui si afferma che: *«Il mero errore nella individuazione dell'indirizzo del destinatario ove l'atto da notificarsi abbia comunque raggiunto il primo, persona fisica o giuridica, non è causa di inesistenza dell'incombente e come tale legittima il notificante ad essere rimesso in termini ex art. 153 c.p.c., comma 2, ove medio tempore l'effetto non sia stato altrimenti raggiunto»* (fattispecie relativa ad una notifica a mezzo pec).
37. Così T.a.r. Piemonte, Torino, sez. II, 10 gennaio 2018, n. 41, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui è stata ritenuta perfettamente valida la notificazione ad un indirizzo di posta elettronica certificata desunto dal sito

- dell'amministrazione destinataria (la decisione ora richiamata non è, tuttavia, confortata da altri conformi arresti, parimenti puntuali)
38. Cfr. Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5891, cit.; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 22 gennaio 2018 n. 179, in *www.lexitalia.it*.
  39. In tal senso T.a.r. Molise, ord. 13 novembre 2017, n. 420, in *www.lexitalia.it*.
  40. Si osserva, con riguardo al caso di notifica ad indirizzo pubblicato sulla pagina web della P.A., che l'art. 6 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante norme in materia di accesso civico e trasparenza, dispone che «*Le pubbliche amministrazioni garantiscono la qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali nel rispetto degli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge, assicurandone l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, l'omogeneità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la riutilizzabilità secondo quanto previsto dall'articolo 7*».
  41. Sul punto si rimanda a Cons. Stato, sez. III, sentenza 5 febbraio 2018, n. 744, cit., in cui, sia pure in un *obiter dictum*, è rilevato che dall'assenza nell'elenco ufficiale dell'indirizzo PEC di una Pubblica Amministrazione non possono derivare preclusioni processuali per la parte privata.
  42. Cfr. G. Bottino, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2014, p. 691.
  43. Si vedano T.a.r. Campania, Napoli, sez. VIII, 15 marzo 2018, n. 1653; T.a.r. Molise, ord. 13 novembre 2017, n. 420, cit..
  44. Si vedano le decisioni n. 216 e 217 del 12 aprile 2018, in *Foro amm.*, 2018, 4, 655.
  45. La decisione è rispettosa dell'art. 16, comma 13, d.l. n. 179/2012, il quale prevede che, in caso di mancata comunicazione dell'indirizzo PEC entro l'ampio termine (30 novembre 2014) previsto dall'antecedente comma 12, si applicano i commi 6 e 8 dello stesso art. 16, il primo dei quali prevede che le notificazioni e comunicazioni ai soggetti per i quali la legge prescrive l'obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, che non hanno provveduto ad istituire o comunicare il predetto indirizzo, sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. D'altronde la norma in esame, al comma 17 *bis*, chiarisce che le disposizioni dettate nei precedenti commi 6, 8, 12 e 13 si applicano anche nel processo amministrativo
  46. Nel parere dell'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa inerente le problematiche del domicilio digitale dopo le modifiche dell'art. 25 c.p.a. ci si è interrogati sul significato concreto da attribuirsi al «*deposito degli atti in segreteria*» nel contesto del processo telematico e si è auspicata l'introduzione sul Sistema Informativo della Giustizia Amministrativa di un'apposita directory consultabile dai difensori (ed anche, quindi, dalle amministrazioni non costituite).
  47. In *www.giustizia-amministrativa.it*.
  48. Come si è già ricordato, in un'antecedente sentenza, sia pure in un *obiter dictum*, il Consiglio di Stato aveva affermato che «*dall'eventuale assenza nell'elenco ufficiale PEC di*

- una Pubblica Amministrazione non potrebbero comunque derivare preclusioni processuali per la parte privata»:* così Cons. St., sez. III, sentenza 5 febbraio 2018, n. 744, cit..
49. In senso conforme alla decisione ora ricordata si veda, tra le altre, Cons. St., sez. III, sentenza 27 febbraio 2019, n. 1379; Id., sez. V, 2 settembre 2019, n. 6064, T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 23 aprile 2019, n. 177, tutte reperibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
50. Si rimanda ai precedenti paragrafi 1 e 3.
51. Il principio di tassatività delle nullità processuali è previsto dall'art. 156, comma 1, c.p.c., ai sensi del quale *«non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge»*; giova sottolineare che la sola norma del codice del processo amministrativo che disciplina la nullità degli atti processuali applicabili al PAT è l'art. 44 c.p.a. in forza del quale *«il ricorso è nullo se manca la sottoscrizione»*.
52. Si veda la recente sentenza n. 132 del 26 giugno 2018, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 3, c.p.a., limitatamente all'inciso *«salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione»* e cioè nella parte in cui escludeva il carattere retroattivo dell'effetto sanante determinato dalla costituzione in giudizio degli intimati, in caso di nullità della notificazione del ricorso; la Corte ha osservato, al riguardo, che *«la sanatoria con effetti ex tunc prevista dall'art. 156 cod. proc. civ. è espressione di un principio generale e la giurisprudenza del Consiglio di Stato era granitica nell'affermare la sua applicabilità alla nullità della notificazione del ricorso, in caso di costituzione della parte intimata»*.
53. Si veda Cons. St., sez. III, sentenza 22 ottobre 2019, n. 7170, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)
54. In tal senso si vedano le già citate sentenze Cass. civ., sez. VI, 27 giugno 2019, n. 17346.; Id., sez. VI lav., ord. 25 maggio 2018, n. 13224; Id., sez. VI, ord. 11 maggio 2018, n. 11574; Cons. St., sez. III, sentenza 29 dicembre 2017, n. 6178; Id., sentenza 20 gennaio 2016, n. 197; Cons. giust. amm., Reg. Sicilia, sez. I, 12 aprile 2018, n. 217; Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5891.
55. Il Collegio menziona le seguenti rilevanti fonti di rango primario e secondario: l'art. 14, comma 2, D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del PAT); l'art. 16, comma 12, d.l. 179/2012; il r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611; il comma 1 bis dell'art. 16 ter del medesimo d.l. n. 179/2012.
56. Nella sentenza ora riferita si ricorda, infatti, che *«l'esegesi della suddetta disciplina [ha: ndr] avuto approdi non sempre univoci in giurisprudenza, rinvenendosi anche indirizzi inclini a riconoscere validità della notifica a mezzo posta elettronica certificata del ricorso effettuata all'amministrazione all'indirizzo tratto dall'elenco presso l'Indice PA vieppiù se l'amministrazione pubblica destinataria della notificazione telematica sia rimasta inadempiente all'obbligo di comunicare altro e diverso indirizzo PEC da inserire nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della Giustizia»*.
57. In argomento si veda Cass., sez. un., 18 aprile 2016, n. 7665, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); Cons. St., sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1541, cit.

58. Sul punto Cons. St., sez. III, sentenza 5 febbraio 2018, n. 744, cit.; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 26 aprile 2017, n. 679, in *www.lexitalia.it*.
59. Giova rammentare che il conseguimento del risultato della conoscenza effettiva dell'atto e la posizione soggettiva del destinatario sono tutelate innanzitutto dalle norme primarie e regolamentari che disciplinano il funzionamento del sistema elettronico di trasmissione dei documenti informatici.
60. Cfr. A. Masucci, *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 2004, n. 5, p. 749 ss..
61. Così Cons. St., sez. IV, 4 aprile 2017, n. 1541, cit.; Id., sez. III, sentenza 11 settembre 2017, n. 4286, in *www.lexitalia.it*; T.a.r. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, ord. caut. 26 aprile 2017, n. 69, *ivi*; T.a.r. Campania, Napoli, sez. VII, 12 giugno 2017, n. 3201, *ivi*; T.a.r. Sardegna, sez. I, 12 settembre 2017, n. 580, *ivi*.
62. Si veda la nota 36.
63. In tal senso, *ex multis*, Cass., sez. un., 29 ottobre 2007, n. 22641, in *Foro it.*, 2008, 7-8, I, p. 2234; Id., sentenza 16 giugno 2006, n. 13916, *ivi*, 2007, 2, I, p. 493.
64. In tal senso si veda G. Carullo, *ult. op. cit.*, p. 255 ss..
65. Nel sistema antecedente all'entrata in vigore del d.l. n. 179/2012, il notificante non era, dunque, gravato dell'onere - attualmente previsto dal sistema delle notifiche via pec - di ricercare "la scrivania" esatta (ossia lo specifico indirizzo pec scelto dall'amministrazione per la ricezione degli atti giudiziari) alla quale far pervenire il ricorso inviato, al fine di rendere più agevole, dal punto di vista organizzativo, le difese dell'amministrazione intimata.

# L'app Immuni quale requisito per lo svolgimento di attività a rischio (di diffusione del contagio)? Una proposta per incentivare l'uso delle ICT nella lotta alla pandemia

*Diana-Urania Galetta e Gherardo Carullo*

*Alla luce delle numerose misure restrittive adottate in Italia, come in molti altri paesi, per contenere l'epidemia di SARS-CoV-2, gli autori esaminano i termini entro i quali l'uso dell'App Immuni potrebbe essere qualificato come condizione legittimante per lo svolgimento di attività a rischio di contagio al fine di dare maggiore effettività alle misure di contenimento dell'epidemia e, quindi, meglio calibrare le limitazioni alle libertà personali. In questa prospettiva, l'attenzione degli autori si concentra sull'analisi del funzionamento dell'app Immuni, specie in un'ottica di protezione dei dati personali ed alla luce dell'analisi delle norme europee in materia, analizzate anche attraverso il prisma del principio di proporzionalità.*

*[The Immuni app as a requirement for carrying out activities at risk (of widespreading the contagion)? A proposal to encourage the use of ICT in the fight against the pandemic] In light of the numerous restrictive measures adopted in Italy, as in many other countries, to contain the SARS-CoV-2 epidemic, the authors examine the terms with which the use of the "App Immuni" could be qualified as a legitimate condition for carrying out activities at risk of infection. Digital contact tracing could give greater effectiveness to the measures taken to contain the epidemic and, therefore, lead to a better calibration of the limitations to personal freedoms. In this perspective, the authors' attention is focused on analyzing the functioning of the app Immuni, especially in view of protecting personal data and in light of the analysis of the relevant European standards, also analyzed through the prism of the principle of proportionality.*

## 1. Introduzione<sup>[1]</sup>

Con l'inizio dell'autunno i dati sulla diffusione della pandemia in Italia hanno determinato un nuovo ciclo di misure volte a contrastare il diffondersi del virus SARS-CoV-2, conosciuto anche come COVID-19 (acronimo di COronaVirus Disease 19). Le nuove misure hanno ancora una volta limitato in modo molto incisivo diritti e libertà fondamentali garantiti sia a livello nazionale sia da norme sovranazionali<sup>[2]</sup>. Ne sono un emblematico esempio i d.P.C.M. da ultimo adottati<sup>[3]</sup>, che hanno sancito limitazioni in ordine allo svolgimento di molteplici attività.

Le Autorità hanno dunque dovuto prendere atto che il regime di prevenzione adottato durante la pausa estiva non è risultato idoneo, quantomeno con l'arrivo dell'autunno, ad arrestare efficacemente il virus, imponendo di conseguenza un più rigido regime di contenimento. Tra le numerose limitazioni imposte con i d.P.C.M. dall'inizio dell'emergenza sanitaria ad oggi non appare tuttavia previsto un uso particolarmente significativo della tecnologia quale mezzo per fronteggiare il diffondersi dei contagi.

Eppure, l'utilità delle soluzioni digitali è stata evidenziata proprio dal Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19. Come chi scrive aveva già suggerito sin dall'inizio della pandemia<sup>[4]</sup>, anche il Commissario Straordinario ha sottolineato che il tracciamento dei contatti, o *contact tracing*, può «*aiutare ad identificare individui potenzialmente infetti prima che emergano sintomi e, se condotto in modo sufficientemente rapido, può impedire la trasmissione successiva dai casi secondari*», espressamente evidenziando che «*l'uso della tecnologia in ambito di contact tracing appare in grado di dare un contributo rilevante per un tracciamento di prossimità molto più efficiente e rapido di quello tradizionale che non sempre si rivela efficace e comporta maggior dispendio di risorse*»<sup>[5]</sup>.

Pur a fronte delle oggettive complessità organizzative che la pandemia ha determinato per le amministrazioni pubbliche<sup>[6]</sup>, e le severe limitazioni imposte sin dal principio della pandemia, il legislatore, prima in forma di decreto d'urgenza, poi in sede di conversione, ha ritenuto di prevedere l'uso dell'app *Immuni* come meramente volontario. In altri termini, le autorità hanno ritenuto

preferibile lasciare ai cittadini la scelta se scaricare, o meno, l'app *Immuni* su di un dispositivo *mobile* su cui tale applicazione possa essere installata.

Una tale opzione poteva effettivamente apparire condivisibile nei primi mesi della pandemia, ossia in un momento di relativa incertezza<sup>[7]</sup>. Dopo la pausa estiva, in ragione della nuova impennata dei contagi, è tuttavia apparsa evidente la necessità di contrastare il virus con nuove misure di contenimento. L'esperienza ha infatti dimostrato che sono necessarie misure di prevenzione particolarmente rigide, pena la non effettività delle stesse. Senonché nel contempo si sono registrate forti proteste contro le limitazioni delle libertà personali<sup>[8]</sup>, il che ha indotto le autorità a rinviare quanto più possibile un *lockdown* totale quale quello della primavera del 2020.

Alla luce dunque della necessità di limitare le attività dei privati, e della scarsa effettività delle misure di contenimento sino ad oggi adottate dopo il suddetto *lockdown*, la perdurante scelta di non prevedere un uso più deciso delle tecnologie digitali – ed in particolare di quelle già disponibili e pronte all'uso quali l'app *Immuni* – risulta poco comprensibile.

Alla luce dei recenti fatti, appare infatti ragionevole domandarsi in che modo sarebbe possibile utilizzare la tecnologia ai fini di un più capillare tracciamento dei contagi, introducendo altresì appropriate misure di *follow-up* in caso di contatto con un positivo<sup>[9]</sup>, specialmente al fine di dare maggiore effettività alle misure di contenimento dell'epidemia. A tal fine, considerato che l'app *Immuni* è già disponibile e scaricabile, appare anzitutto opportuno analizzarne il funzionamento.

## **2. Le questioni tecniche più rilevanti in ordine al funzionamento dell'app *Immuni***

L'app *Immuni* – scaricabile gratuitamente dai negozi digitali dei maggiori fornitori di dispositivi *mobile*<sup>[10]</sup> – è stata creata per aiutare a combattere la pandemia causata dal virus COVID-19. Secondo quanto spiegato nel sito web ufficiale «*gli utenti che vengono avvertiti dall'app di un possibile contagio possono isolarsi per evitare di contagiare altri. Così facendo, aiutano a contenere l'epidemia e a favorire un rapido ritorno alla normalità*»<sup>[11]</sup>.

L'app utilizza dunque la tecnologia per avvisare gli utenti che sono stati esposti al

virus, anche se asintomatici. Lo scopo è interrompere la catena delle infezioni informando le persone che sono state potenzialmente esposte al virus. Tale risultato viene conseguito non monitorando gli spostamenti dei singoli utenti, ma piuttosto ricorrendo ai sensori normalmente presenti nei dispositivi mobili per intercettare possibili contatti con persone infette. Si spiega che «*a chi si è trovato a stretto contatto con un utente risultato positivo al virus del COVID-19, l'app invia una notifica che lo avverte del potenziale rischio di essere stato contagiato. Grazie all'uso della tecnologia Bluetooth Low Energy, questo avviene senza raccogliere dati sull'identità o la posizione dell'utente*»<sup>[12]</sup>. L'obiettivo è di tracciare i contatti ed allertare gli utenti di un possibile contagio, al contempo garantendo la privacy degli utenti, riducendo al minimo o addirittura escludendo completamente la raccolta dei dati personali.

Si sottolinea che «*Immuni è stata progettata e sviluppata ponendo grande attenzione alla tutela della privacy. I dati, raccolti e gestiti dal Ministero della Salute e da soggetti pubblici, sono salvati su server che si trovano in Italia. I dati e le connessioni dell'app con il server sono protetti*»<sup>[13]</sup>. In particolare, secondo il sito web ufficiale, *Immuni* non raccoglie il nome, il cognome o la data di nascita di alcuna persona, né il numero di telefono, l'indirizzo e-mail, l'identità delle persone incontrate dall'utente o il luogo o movimenti degli utenti. In modo ancor più netto, nel quadro di sintesi dell'«*informativa privacy*» dell'app viene espressamente indicato che «*Immuni non può risalire alla tua identità o a quella delle persone con cui entri in contatto*» e che «*Immuni non raccoglie alcun dato di geolocalizzazione*»<sup>[14]</sup>. Quanto alla geolocalizzazione, occorre evidenziare che questa, su alcuni dispositivi, deve essere attiva affinché l'app *Immuni* funzioni. Anche in tali casi, tuttavia, l'app non ha accesso a tali dati in quanto non viene richiesta al sistema la relativa autorizzazione – che l'utente dovrebbe espressamente concedere –, sicché si può affermare con sicurezza che in ogni caso nessuna informazione al riguardo può essere raccolta da *Immuni*<sup>[15]</sup>.

In sostanza, secondo quanto spiegato sul sito web ufficiale, l'app funziona come segue<sup>[16]</sup>: ogni *smartphone* su cui *Immuni* è installato invia in modo continuo un segnale *Bluetooth Low Energy* che contiene un codice alfanumerico. Quando due *smartphone* su cui *Immuni* è installata si trovano nelle immediate vicinanze, memorizzano reciprocamente il codice pubblico dell'altro, prendendo nota di quell'evento. I due *smartphone* annotano anche quanto è durato l'evento e la



distanza approssimativa tra i due dispositivi. Se il proprietario di uno *smartphone* su cui *Immuni* è installato risulta successivamente positivo al SARS-CoV-2, grazie all'aiuto di un operatore sanitario l'utente è in grado, restando anonimo, di trasferire le proprie chiavi di esposizione giornaliera su un server pubblico, che possiamo qui identificare come "cloud delle chiavi di esposizione". Tale condivisione delle chiavi di esposizione giornaliera sul "cloud" permette agli altri utenti di essere allertati di essere venuti a contatto con un positivo, senza che ne sia svelata l'identità.

Più precisamente, sotto un profilo tecnico, il funzionamento dell'app si basa sulla tecnologia di *Exposure Notification* sviluppata da Apple e Google, appositamente per permettere il *contact tracing* digitale nella pandemia da COVID-19<sup>[17]</sup>. Per meglio comprendere come tali codici alfanumerici siano generati e scambiati occorre dunque analizzare tale tecnologia.

Secondo la documentazione tecnica rilasciata congiuntamente da Apple e Google<sup>[18]</sup>, alla base del sistema di creazione dei suddetti codici alfanumerici vi è la *Temporary Exposure Key* (TEK), ossia la chiave di esposizione giornaliera<sup>[19]</sup>. Questa è generata da una funzione denominata CNRG, che, secondo quanto riportato, «*designates a cryptographic random number generator*». La TEK è quindi generata del tutto casualmente senza alcun riferimento né all'utente né al *device*. Viene quindi in rilievo la *Rolling Proximity Identifier Key* (RPIK) che è derivata dalla chiave di esposizione giornaliera (la TEK) e viene utilizzata per generare i *Rolling Proximity Identifiers* (RPI). Questi ultimi sono i codici alfanumerici che vengono effettivamente scambiati dai dispositivi *mobile* che si trovano nelle vicinanze. Insieme a questi vengono anche inviati dei metadati (*Associated Encrypted Metadata*, AEM).

Tali metadati contengono informazioni tecniche relative alla versione del protocollo utilizzato dal dispositivo dell'utente ed alla potenza di trasmissione del segnale *Bluetooth*, utili per una migliore approssimazione della distanza del contatto<sup>[20]</sup>. Sicché nemmeno questi dati contengono alcun riferimento all'utente.

Tali metadati sono criptati utilizzando una chiave di cifratura (*Associated Encrypted Metadata Key*, AEMK) che è ricavata dalla chiave di esposizione giornaliera. La ragione per cui tali dati sono cifrati è in sostanza di consentire il tracciamento anonimo dei contatti. Per decifrarli è condizione necessaria e

sufficiente conoscere la chiave di esposizione giornaliera utilizzata per generare la chiave di cifratura dei metadati (AEMK). Conoscendo infatti la chiave di esposizione giornaliera, è possibile generare nuovamente la AEMK e quindi decifrare i metadati. Il che è alla base del meccanismo che consente di verificare se un utente sia venuto a contatto con un soggetto poi risultato positivo.

Come accennato sopra, in caso di positività vengono caricate “nel cloud” le chiavi di esposizione giornaliera. Parallelamente, tutti gli altri utenti, i cui dispositivi controllano periodicamente l’esistenza di nuove chiavi di esposizione nel cloud, scaricando le chiavi possono verificare se con queste – generando le relative AEMK – siano in grado di decifrare i metadati salvati nel corso dei contatti con altri utenti. Se così è, significa che il soggetto è entrato in contatto con un positivo, ed utilizzando le informazioni contenute nei metadati è possibile calcolare la distanza approssimativa del contatto e, quindi, la probabilità del contagio.

### **3. La neutralità dell’App *Immuni* rispetto alla protezione dei dati personali**

Alla luce del suesposto quadro tecnico relativo al funzionamento di *Immuni*, onde valutare se, ed in che termini, *Immuni* risulti presentare criticità in relazione alla disciplina sulla protezione dei dati personali, occorre anzitutto ricordare che, ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 1, il Regolamento 2016/679/UE (Regolamento) «*si applica al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi*».

In forza di tale previsione dell’articolo 2 si può agevolmente ritenere che, ove i dati raccolti non siano qualificabili come personali, a ben vedere il Regolamento non dovrebbe trovare applicazione *tout court*. Occorre dunque anzitutto acclarare se i codici alfanumerici sulla base dei quali funziona l’app *Immuni* (come esposto sopra) possano essere qualificati come dati personali.

In proposito, secondo la definizione fornita dal Regolamento stesso, ai sensi dell’art. 4, comma 1, n. 1, per dati personali si intende «*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (“interessato”)*». Lo stesso comma aggiunge che «*si considera identificabile la persona fisica che può*

*essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale».*

È necessario sottolineare che anche un mero dato alfanumerico, apparentemente anonimo, può talvolta assurgere a dato personale. Sul punto il considerando 30 del regolamento spiega che *«le persone fisiche possono essere associate a identificatori in linea forniti dai loro dispositivi, applicazioni, strumenti e protocolli, quali indirizzi di protocolli internet, identificatori di cookie o altri identificatori come i tag di identificazione a radiofrequenza. Ciò può lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle».* A questo proposito, per analogia, è anche possibile ricordare che la Corte di giustizia ha dichiarato *«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»<sup>[21]</sup>.*

Venendo all'app *Immuni*, secondo quanto riportato nell'*«informativa privacy»* consultabile dall'app stessa, e per quanto riguarda il funzionamento locale dell'app – ossia sul dispositivo dell'utente –, non risulta che la stessa raccolga od elabori alcun dato che, anche congiuntamente agli altri, possa in alcun modo rendere *«una persona fisica identificata o identificabile».*

Tra tali dati, per lo più consistenti in codici alfanumerici privi di una qualsiasi riferibilità ad una persona fisica<sup>[22]</sup>, viene anche prevista la *«provincia di domicilio».* Nonostante tale espressione sia normalmente usata in contesti in cui vi è una raccolta di dati personali, in questo caso occorre evidenziare che tale informazione, da sola od anche congiuntamente a tutti gli altri dati gestiti dall'app *Immuni*, non è in alcun modo in grado di consentire l'identificazione di una persona fisica.

Quanto ai codici alfanumerici, occorre sgombrare il campo da un equivoco di

fondo. Detti codici alfanumerici, come esposto sopra, sono generati da algoritmi a partire da elementi casuali, ivi inclusa la chiave di esposizione<sup>[23]</sup>, senza alcun riferimento all'utente. Rispetto alla terminologia del Regolamento 2016/679/UE, non pare quindi si sia addirittura nemmeno in presenza di pseudonimizzazione<sup>[24]</sup>, che postula l'esistenza di un qualche dato riferibile ad una persona fisica<sup>[25]</sup>, né di pseudo-anonimizzazione<sup>[26]</sup>, ma di vera e propria totale anonimizzazione, in quanto tali dati non sono in alcun modo generati a partire da dati personali, né sono mai a questi associati.

In condizioni di normale funzionamento in locale – ossia sul dispositivo dell'utente –, dunque, non pare che l'app *Immuni* possa dirsi in alcun modo interferire con la disciplina del Regolamento, in quanto non sono trattati dati personali. La stessa «*informativa privacy*» dell'app, che pur risulta redatta con espressioni che riecheggiano il Regolamento, espressamente afferma, in relazione alla «*Tipologia di dati*» trattati, che «*per impostazione predefinita, i dati personali raccolti dall'App non consentono l'identificazione diretta dell'utente, o del suo dispositivo*». Dal che se ne dovrebbe desumere confermata la non applicabilità *tout court* del Regolamento<sup>[27]</sup>.

Considerato l'uso dell'aggettivo «*diretta*» nella suddetta informativa laddove viene esclusa la possibilità di identificazione dell'utente, occorre tuttavia domandarsi se sia possibile un'identificazione «*indiretta*» che possa comunque attrarre il sistema nell'ambito di applicazione del Regolamento.

In proposito qualche preoccupazione potrebbe solo sorgere in relazione al momento in cui le chiavi di esposizione giornaliere sono caricate sul server dopo che un paziente risulti positivo. Per fare ciò deve essere generato un codice monouso (OTP) che deve essere validato da un operatore sanitario. Il che dunque potrebbe offrire un modo per associare le chiavi ad una persona fisica. Laddove si conservassero i dati relativi a tale associazione, potrebbe essere in un secondo momento collegata l'identità di una persona alle chiavi.

Pur nella remota ipotesi in cui tale associazione avvenisse – ed occorre ribadire che non vi è alcun elemento tecnico-normativo che porti a pensare ciò – il trattamento dei dati dovrebbe in ogni caso avvenire nel rispetto della normativa europea e nazionale, ed in particolare in ossequio alle specifiche misure di garanzia dettate ai sensi dell'art. 2-*septies* del d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 101/2018, «*per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla*

*salute».*

Ad ogni modo, tale possibilità di associazione resta del tutto teorica in quanto, stando alla documentazione tecnica disponibile, all'atto del caricamento delle chiavi sul server non viene registrata l'associazione tra chiavi ed identità del paziente.

Non si può in ogni caso sottacere che laddove una tale associazione tra chiavi e persona fisica avvenisse, si dovrebbero di conseguenza considerare dette chiavi come dati personali.

Senonché, anche tale eventualità non pone a ben vedere alcuna concreta e seria preoccupazione in relazione alla riservatezza degli individui<sup>[28]</sup>. In primo luogo, la sola chiave di esposizione non fornisce alcuna informazione utile in sé. I contatti sono tracciati, come detto, attraverso lo scambio dei codici RPI e dei relativi metadati. Sicché per ottenere una qualche informazione occorrerebbe conoscere tutti i codici RPI e relativi metadati. Ciò tecnicamente richiederebbe però l'accesso ad ogni singolo *device* in quanto i codici RPI ed i metadati, come detto, sono conservati sui singoli dispositivi e non sono mai caricati su alcun server.

Anche a voler ipotizzare che qualcuno riuscisse ad acquisire i codici RPI ed i metadati, per poterli distinguere, come detto, sarebbe necessario decifrare i metadati. Per fare ciò, tuttavia, sarebbe necessario ottenere la chiave di esposizione giornaliera utilizzata per creare la chiave di cifratura dei metadati (AEMK), analizzare tutti i codici RPI, e quindi operare le relative associazioni. Sicché occorrerebbe conoscere anche tutte le chiavi di esposizione giornaliera di tutti gli utenti di *Immuni* e la relativa associazione all'identità fisica di questi.

Si può dunque concludere che la concreta possibilità di desumere informazioni personali di qualsiasi natura dall'App *Immuni* sia tanto remota da non poter fondare alcun ragionevole timore in relazione alla riservatezza degli individui.

Senza contare poi che, anche laddove così non fosse, e quindi si ritenesse che in realtà l'app *Immuni* tratti dati personali – cosa che, è bene ribadirlo, ad oggi risulta da escludere – il Regolamento 2016/679/UE potrebbe consentire in ogni caso il trattamento coatto di detti dati personali.

Il consenso dell'interessato non è infatti necessariamente richiesto per il trattamento dei dati personali, ove sussistano altre condizioni di liceità. Nel caso specifico, il trattamento dei dati personali potrebbe benissimo essere fondato sulla condizione di liceità di cui all'articolo 6, comma 1, lett. e), GDPR. Ai sensi

di tale norma, il trattamento è lecito quando è «*necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare*». Appaiono in proposito particolarmente lungimiranti le ipotesi esemplificate dal legislatore europeo nel Regolamento stesso, ove si chiarisce espressamente che «*alcuni tipi di trattamento dei dati personali possono rispondere sia a rilevanti motivi di interesse pubblico sia agli interessi vitali dell'interessato, per esempio se il trattamento è necessario a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie*»<sup>[29]</sup>.

In tali casi, il Regolamento UE richiede che la base del trattamento sia stabilita dal diritto europeo o dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che tale trattamento soddisfi un obiettivo di interesse pubblico e sia proporzionato allo scopo legittimo perseguito<sup>[30]</sup>. Il che ha trovato puntuale attuazione, con decretazione d'urgenza proprio per far fronte all'epidemia e fintanto che perduri lo «*stato di emergenza*», esattamente al fine di consentire agli operatori sanitari di «*effettuare trattamenti, ivi inclusa la comunicazione tra loro, dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del regolamento (UE) 2016/679, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni ad essi attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19*»<sup>[31]</sup>.

Data la gravità e l'unicità dell'attuale crisi sanitaria, sembra ragionevole sostenere che il monitoraggio delle infezioni risponda a uno specifico interesse pubblico. È innegabile che, al fine di contenere la diffusione del virus, possa essere estremamente utile tenere traccia dei contatti con persone infette, in modo da identificare e isolare immediatamente nuovi focolai. Sicché, anche ove si ritenesse che l'app *Immuni* raccolga dati personali – cosa che ancora una volta si deve ribadire ad oggi non risulta – ciò non parrebbe comunque ostativo all'imposizione di un obbligo di qualche tipo all'uso della stessa che prescindendo dalla prestazione del consenso da parte dell'interessato. Si tratta infatti in sostanza di una valutazione che può essere ricondotta ad un giudizio di proporzionalità.

#### **4. Segue. Uso obbligatorio dell'app *Immuni* e tutela della privacy: una questione di proporzionalità**

La situazione pandemica SARS-CoV-2 corrisponde allo scenario caratteristico in cui gli interessi della società ed i diritti umani devono diventare parte di una

struttura giuridica unificata che, allo stesso tempo, determina la portata dei diritti umani e ne consente la limitazione. Un contesto in cui tipicamente entra in gioco il principio di proporzionalità<sup>[32]</sup>.

Al momento di decidere se rendere o meno obbligatorio l'utilizzo di un'app come *Immuni* occorre infatti realizzare un equilibrio complesso. Da un lato, c'è l'interesse pubblico a contenere la diffusione del virus, essenziale a fini di tutela della salute pubblica e della vita delle persone. Dall'altro lato, c'è la necessità di tutelare un diritto fondamentale come la protezione dei dati personali, a sua volta essenziale per l'autonomia e la tutela della dignità umana.

Proprio in un contesto siffatto si applica certamente il principio di proporzionalità, che è uno strumento di bilanciamento inteso a fissare i criteri per adeguatamente ponderare tra il beneficio marginale per il bene pubblico, da un lato, ed il sacrificio marginale che è possibile imporre a diritti umani fondamentali, dall'altro<sup>[33]</sup>.

Di derivazione dal diritto tedesco ed ampiamente utilizzato nel contesto del diritto dell'Unione europea, il principio di proporzionalità è stato infatti utilizzato sin dal principio proprio allo scopo di effettuare bilanciamenti così complessi<sup>[34]</sup>.

Con il suo test strutturato in tre fasi, il principio in parola ha il vantaggio di limitare una troppo ampia discrezionalità in capo agli organi pubblici preposti ad operare detto bilanciamento, rendendolo dunque «*più trasparente, più strutturato e più prevedibile*»<sup>[35]</sup>.

La prima fase della valutazione della proporzionalità è il test di idoneità, che implica una previsione da effettuare sulla base di un giudizio *ex ante*. Nel caso di specie, peraltro, si tratta di un giudizio che deve essere espresso il più rapidamente possibile, pena l'inutilità delle misure adottate in quanto *inutiliter data!*

Il presupposto di base, per quel che concerne questo primo step del test di proporzionalità, è che Legislatore e Pubblica Amministrazione possiedano una specifica competenza che consenta loro di effettuare valutazioni e accertamenti complessi i quali, almeno in linea di principio, devono poi essere rispettati nell'ambito della valutazione *ex post* effettuata da un giudice.

Ciò, se è vero in genere, è certamente ancora più vero in relazione all'attuale situazione sanitaria.

Il secondo passo è invece il test di necessità (o necessarietà), che è la parte più

importante della valutazione strutturata della proporzionalità. L'idea di fondo è ben descritta dall'espressione: "imposizione del mezzo più mite". Se esiste una scelta tra vari mezzi, tutti astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, si deve scegliere quello che comporta le conseguenze meno negative per la libertà/diritto/opposto interesse in gioco.

Non c'è dubbio che, in considerazione di quanto detto nei paragrafi che precedono, l'efficacia di un'app come *Immuni* sia tanto maggiore quanto maggiore è il numero di persone che effettivamente la utilizzano. Di tal che, un uso obbligatorio nei termini qui proposti della app *Immuni* non avrebbe fondamentalmente alternative dal punto di vista dell'efficacia dei mezzi utilizzati. Quanto alla proporzionalità *stricto sensu*, ossia la terza parte del test, questa consiste in un ulteriore confronto: nella fattispecie si tratterebbe di mettere a confronto i mezzi utilizzati (il presunto uso obbligatorio nei termini qui proposti dell'app) e il suo impatto sul diritto alla *privacy* degli utenti.

Una volta posizionati sui due diversi piatti della bilancia, il problema normalmente è come "assegnare una pesata" che consenta di confrontare effettivamente entrambi gli elementi posti sulla bilancia. Questo problema diventa molto più facile da risolvere in casi come quello di cui ci occupiamo qui, in quanto l'obiettivo di tracciare efficacemente le infezioni al fine di contenere la diffusione del virus SARS-CoV-2 (e prevenire la probabile morte di molte persone) è sicuramente obiettivo di pubblico interesse dal valore inestimabile. Sicché, in una situazione del genere non si pone effettivamente un problema di successiva verifica della proporzionalità in senso stretto: Vale a dire che, se l'imposizione dell'obbligo di utilizzare la app *Immuni* nelle circostanze di cui si è detto supera il test di idoneità e necessità (come certamente pare a chi scrive!), non sarà possibile per un giudice verificare *ex post* la sua proporzionalità *stricto sensu* senza scivolare in un controllo nel merito di quella che è una decisione a carattere eminentemente politico. Decisione che è per di più adottata dagli organi a ciò istituzionalmente preposti avendo come obiettivo ultimo la tutela di beni di valore inestimabile come la vita e la salute, il diritto alla salute dovendo ovviamente essere inteso nella sua duplice dimensione di diritto fondamentale della persona e di interesse della collettività<sup>[6]</sup>.

Tornando dunque alla questione qui di nostro specifico interesse, come ha di recente affermato la Corte di giustizia dell'UE, «*per soddisfare il requisito di*



*proporzionalità secondo cui le deroghe alla protezione dei dati personali devono operare nei limiti dello stretto necessario, la normativa controversa che comporta l'ingerenza deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura de qua e impongano requisiti minimi in modo che le persone i cui dati sono trasferiti dispongano di garanzie sufficienti che permettano di proteggere efficacemente i loro dati personali contro il rischio di abusi. In particolare, essa deve indicare in quali circostanze e a quali condizioni possa essere adottata una misura che prevede il trattamento di siffatti dati, garantendo così che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario»<sup>[37]</sup>.*

Il problema qui è dunque, piuttosto, di identificare quale sia il livello di governo più appropriato per adottare la decisione di rendere l'utilizzo della app *Immuni* obbligatorio, anche e soprattutto allo scopo di fare sì che detta decisione, oltre che appropriata, risulti anche essere una decisione che massimizza l'efficacia dei risultati conseguibili.

Più in generale va sottolineato che, in un contesto di Governo multilivello come quello attuale, dove le competenze sono spesso condivise (dal livello comunale fino al livello dell'Unione Europea), può non essere sempre facile individuare quale sia l'amministrazione competente. La relativa verifica deve essere svolta di volta in volta sulla base delle misure concrete da adottare. Nel caso di specie occorre altresì tenere in debita considerazione il fatto che il virus, come ogni elemento naturale, ignora i confini legali che le nostre società si sono poste. Pertanto, in aree geograficamente interconnesse o comunque collegate, è necessaria un'azione almeno condivisa.

Questo è vero sia a livello nazionale che sovranazionale, a cominciare dal livello dell'Unione Europea. Con il problema, tuttavia, che – come è stato già autorevolmente sottolineato – «*Le istituzioni dell'Unione non possono, intervenire nella crisi sanitaria [...] se non attraverso la diffusione di informazioni e l'organizzazione di riunioni*»<sup>[38]</sup>, non possedendo l'UE alcuna competenza in materia.

## **5. La necessità di un'adozione su larga scala di *Immuni* per garantirne la piena effettività**

Un fenomeno particolarmente diffuso nel mondo della tecnologia è quello

relativo alla necessità che gli strumenti ICT abbiano una diffusione molto ampia per potere essere veramente efficaci. Il fatto che una massa critica di persone utilizzi un determinato servizio o piattaforma affinché quel servizio o piattaforma digitale sia effettivamente utile è un problema infatti molto noto. Ciò può essere apprezzato, ad esempio, in relazione ad un qualsiasi *social network*. Un servizio come *Facebook* risulta di una qualche utilità per gli utenti solo se un numero sufficiente di persone lo utilizza. Lo stesso vale anche per i servizi di messaggistica: per quanto rapidi ed efficienti, sono completamente inutili senza altre persone a cui scrivere. Questo perché un elemento essenziale di questi sistemi è che hanno lo scopo di mettere in contatto le persone. Allo stesso modo, l'utilità di un'app come *Immuni* risulta grandemente ridotta se questa non viene utilizzata da un vasto pubblico di utenti<sup>[39]</sup>.

In condizioni normali di mercato sappiamo che la tecnologia, per vari motivi qui non analizzabili, tende alla standardizzazione, sia per quanto riguarda le tecnologie utilizzate per la realizzazione dei sistemi informatici stessi<sup>[40]</sup>, sia per quanto riguarda le applicazioni utilizzate dagli utenti. Un fenomeno importante è noto come il «*tipping point*»<sup>[41]</sup>: se un servizio riesce ad acquisire una certa soglia di utenti, il cui numero varia in funzione di diversi fattori, si ha una tendenza alla convergenza del mercato verso questa soluzione.

Come si era suggerito sin dall'inizio della pandemia<sup>[42]</sup>, nel caso di specie la convergenza verso un unico standard ed applicativo è stata assicurata da una decisione pubblica: quella adottata dal Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, il quale ha individuato nell'app *Immuni* lo strumento software di *contact tracing*<sup>[43]</sup>. V'è peraltro da sottolineare che, sulla base dei dati ufficiali resi noti dal Governo, i *download* dell'app hanno segnato un costante aumento, sino ad arrivare, nelle ultime settimane di ottobre, ad oltre nove milioni<sup>[44]</sup>.

Pur a fronte di tali confortanti dati, bisogna tuttavia tenere presente che l'emergenza coronavirus richiede un'azione particolarmente rapida e tempestiva. Con il dilagare dell'epidemia, gli effetti negativi della crisi si aggravano di giorno in giorno, sia in termini strettamente sanitari, sia da un punto di vista economico e sociale. Ciò suggerirebbe quindi l'opportunità di superare i normali tempi di diffusione di queste tecnologie, velocizzando quanto più possibile la loro rapida

adozione su larga scala.

Al fine di facilitare la diffusione di soluzioni tecnologiche che possano aiutare a combattere la pandemia sarebbe perciò auspicabile che fosse l'Autorità pubblica, quantomeno a livello nazionale, a prevedere forme di incentivazione all'uso dell'app *Immuni* che possano davvero portare alla effettiva rilevazione automatizzata dei contagi e, quindi, alla tempestiva adozione di misure di *follow-up*. In che limiti ciò possa avvenire, tuttavia, è problema di non facile soluzione.

## **6. La proposta: un uso dell'app *Immuni* quale condizione legittimante allo svolgimento di attività a rischio (di diffusione del contagio)**

Al di là degli specifici aspetti di tutela della privacy di cui si è poc' anzi detto, per valutare in che termini l'adozione dell'app *Immuni* da parte della popolazione potrebbe effettivamente essere resa obbligatoria nei termini di cui si è detto, occorre avviare l'analisi dall'art. 6 del d.l. del 30 aprile 2020, n. 28<sup>[45]</sup>. Ai sensi di tale norma è espressamente previsto che l'installazione debba avvenire «*su base volontaria*»; e che la piattaforma deve essere limitata alla finalità di «*allertare le persone che siano entrate in contatto stretto con soggetti risultati positivi e tutelarne la salute attraverso le previste misure di prevenzione nell'ambito delle misure di sanità pubblica legate all'emergenza COVID-19*».

Alla luce di quanto detto sino ad ora in merito al funzionamento di *Immuni*, pare opinabile che, per la realizzazione di una tale piattaforma, nei termini esclusivamente volontaristici in cui è attualmente proposta, fosse necessaria una norma *ad hoc*. Il fatto dunque che si sia stabilito con una norma espressa il carattere volontario del *download* deve far ritenere che il legislatore abbia implicitamente voluto escludere che, con una norma di rango secondario, possa essere introdotto un generale obbligo di installazione di *Immuni*. Per potere adottare una simile soluzione (la obbligatorietà di utilizzo dell'app), allo stato attuale della normativa si deve dunque concludere che sarebbe necessaria una norma di rango legislativo volta a superare l'inciso dell'art. 6 del d.l. 28/2020, di cui si è detto.

Ciò non significa, tuttavia, che siano precluse altre forme di incentivazione al download dell'app. Si possono cioè valutare strade alternative per contribuire al

risultato di una più effettiva e diffusa adozione su larga scala di *Immuni*.

In tale senso, si può certamente apprezzare positivamente il fatto che il recente d.P.C.M. del 18 ottobre 2020 abbia disposto che «*al fine di rendere più efficace il contact tracing attraverso l'utilizzo dell'App Immuni, è fatto obbligo all'operatore sanitario del Dipartimento di prevenzione della azienda sanitaria locale, accedendo al sistema centrale di Immuni, di caricare il codice chiave in presenza di un caso di positività*»<sup>[46]</sup>.

Tale norma, tuttavia, pur nell'apprezzabile sforzo di rendere più effettiva l'app *Immuni*, non è chiaro come possa essere attuata. Come descritto nel paragrafo 2, le chiavi di esposizione sono conservate sul dispositivo dell'utente, sicché solo quest'ultimo può materialmente caricarle sul "cloud". Viceversa, non pare che l'operatore sanitario possa procedere in tal senso autonomamente.

In ogni caso tale questione appare secondaria in quanto, a monte, resta il problema che, ad oggi, solo una parte della popolazione ha deciso di installare l'app *Immuni*. Sicché, per valutare in che termini se ne possa incentivare l'adozione si può avviare il ragionamento prendendo in esame quanto previsto dal d.l. del 25 marzo 2020, n. 19, che, nel dichiarare lo «*stato di emergenza*», ha autorizzato il Governo ad adottare, mediante decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, misure «*per evitare la diffusione del COVID-19*»<sup>[47]</sup>.

Tale art. 1 autorizza il Governo, in sostanza, a prevedere la limitazione ovvero l'integrale sospensione di numerose attività, tra cui, come noto, gli esercizi commerciali e varie attività da svolgersi in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Il d.P.C.M. del 24 ottobre 2020, per citarne uno tra i tanti, contiene numerosissimi divieti tra i quali, ad esempio, quello ai sensi del quale, «*dopo le ore 18:00 è vietato il consumo di cibi e bevande nei luoghi pubblici e aperti al pubblico*»<sup>[48]</sup>.

A chi scrive non pare revocabile in dubbio che la sospensione totale di un'attività, o anche solo per fasce orarie, sia una misura più restrittiva e gravosa rispetto ad una mera limitazione della attività stessa che la autorizzi solo a determinate condizioni. In altri termini, laddove la prospettiva sia quella di un divieto parziale o addirittura integrale di svolgimento di numerose attività – come è avvenuto peraltro nuovamente per le Regioni incluse nella c.d. zona rossa, a seguito del più recente d.p.c.m. 3 novembre 2020 – appare allora ragionevole ritenere che, potendosi optare per una misura alternativa e che impatti meno sui diritti e libertà che vengono in tal modo limitati, questa seconda opzione sia preferibile

non solo in termini di sua maggiore “spendibilità” agli occhi dei cittadini. Pur lasciando da parte, infatti, le considerazioni di carattere socio-politologico (che, tuttavia, certamente non possono essere ignorate dal decisore pubblico, specialmente in un momento storico complesso come quello attuale!) è in punto di stretto diritto che la questione della “alternativa più mite” al divieto di esercizio parziale o totale della attività necessariamente si pone.

Piuttosto, dunque, che vietare parzialmente o totalmente determinate attività, si potrebbe prevedere (ed è questa la proposta che intendiamo qui formulare) che queste attività possano essere svolte da, ed erogate solo a favore di, soggetti che usino l'app *Immuni* e che siano in grado di dimostrare, per il suo tramite, di non essere stati a contatto con pazienti risultati positivi.

In altri termini, l'app *Immuni* potrebbe essere utilizzata quale strumento per potere consentire lo svolgimento di determinate attività, attualmente sospese o soggette ad ampie limitazioni, in sicurezza. Si potrebbe in particolare prevedere che l'esibizione dell'app all'ingresso di determinati luoghi aperti al pubblico sia condizione per l'accesso agli stessi, al pari della rilevazione della temperatura. L'accesso sarebbe quindi consentito solo a coloro che possano mostrare che l'app *Immuni* non indichi possibili contagi.

A tal fine, si potrebbe implementare nell'app una funzione che indichi – in modo chiaro e verificabile da chiunque mediante semplice esibizione – che il soggetto non sia entrato in contatto con un positivo. In tal modo *Immuni* potrebbe assurgere ad una sorta di “passaporto” abilitante allo svolgimento di attività e frequentazione di luoghi.

V'è tuttavia da dire che tale funzionalità non risulta attualmente implementata. A quanto consta, non vi è infatti un modo per verificare, ad oggi, da quanti giorni l'utente abbia installato l'app, né che lo stesso non sia effettivamente entrato in contatto con un positivo. Dall'analisi sul funzionamento dell'app di cui sopra si può tuttavia ritenere che sarebbe con ogni probabilità tecnicamente piuttosto semplice aggiungere una siffatta funzione, ad esempio implementando nella stessa un indicatore rosso o verde a seconda che vi sia stato, o meno, un contatto con un positivo negli ultimi  $n$  giorni. In altri termini, si potrebbe aggiungere nella schermata principale dell'app un chiaro indicatore che mostri se l'utente sia entrato a contatto con soggetti positivi (“semaforo giallo”), o se quest'ultimo sia risultato positivo al virus (“semaforo rosso”), ovvero ancora se l'utente possa

essere considerato non a rischio di contagio (“semaforo verde”). Solo in quest’ultima ipotesi – ossia solo ove l’app *Immuni* indichi l’assenza di contatti a rischio (“semaforo verde”) potrebbe essere consentito l’accesso al luogo di prestazione del servizio.

Sotto un profilo operativo ed economico, peraltro, la società che ha realizzato gratuitamente *Immuni*, sempre «a titolo gratuito, ha manifestato la propria disponibilità a completare gli sviluppi informatici che si renderanno necessari per consentire la messa in esercizio del sistema nazionale di contact tracing digitale»<sup>[49]</sup>. Non è dunque da escludere che una tale funzione possa essere aggiunta dai medesimi sviluppatori che hanno realizzato l’app. Non solo. Anche ove tale società, per qualsiasi ragione, non potesse aggiungere essa stessa tale funzione, sviluppo di un indicatore del tipo qui proposto potrebbe essere affidato ad un qualsiasi altro soggetto con le necessarie competenze tecniche posto che la licenza con cui è stata consegnata l’app *Immuni* al Governo prevede espressamente la possibilità di modificare ed integrare il codice sorgente dell’app. La società che ha realizzato *Immuni* ha infatti reso disponibile in *open source*<sup>[50]</sup> il codice sorgente<sup>[51]</sup>, sicché l’app può essere modificata ed integrata da chiunque senza vincoli legali e/o tecnici.

La soluzione qui proposta, ossia l’obbligo di ostensione di *Immuni* per certificare l’assenza di contatti a rischio quale condizione legittimante per lo svolgimento o la fruizione dei servizi collegati all’esercizio di determinate attività, risulterebbe peraltro essere pienamente compatibile con il carattere volontario dell’uso dell’app previsto, come si è detto, dalle norme attualmente in vigore. Posto che, allo stato, molteplici attività sono comunque precluse, per coloro che non volessero utilizzare l’app nulla cambierebbe; mentre si potrebbe garantire un maggior tracciamento tra coloro che optino per l’uso di *Immuni*.

Quanto alla possibile obiezione che, in questo modo, sarebbe però indirettamente violato lo spirito della legge, che ha sancito la volontarietà del *download*, questa non appare condivisibile. Fintanto che perduri la grave situazione pandemica, e quindi le autorità ritengano di chiudere del tutto determinate attività, un’apertura soggetta a condizioni del tipo di quella qui proposta non sarebbe tale da ledere la libertà di autodeterminarsi di alcuno. Semmai, essa contribuirebbe a ridurre le limitazioni attualmente imposte agli individui. Naturalmente sempreché tali vincoli di utilizzo dell’app siano

mantenuti solo ed esclusivamente fintanto che perduri lo «*stato di emergenza*».

## **7. Osservazioni critiche sulla mancata previsione, ad opera dei d.P.C.M., dell'app *Immuni* come strumento per il contenimento della pandemia**

L'esperienza della pandemia di SARS-CoV-2 e la conseguente situazione di emergenza possono servire a fare emergere chiaramente la necessità di ricorrere a soluzioni tecnologiche innovative a supporto dell'attività delle Istituzioni pubbliche e con l'obiettivo di un miglior soddisfacimento degli interessi pubblici. In questa prospettiva si è constatato come l'uso dell'app *Immuni* possa aiutare a tracciare i contagi e individuare rapidamente coloro che siano stati potenzialmente contagiati. Ciò, ove una significativa percentuale della popolazione utilizzasse l'App, consentirebbe quindi di meglio isolare i potenziali portatori del virus, così da ridurre il rischio che questi, a loro volta, lo trasmettano ad altri ed interrompere quindi la catena dei contagi.

Per altro verso si è mostrato che non vi sono particolari rischi per la *privacy* derivanti dall'utilizzo dell'app *Immuni*. Questo in quanto non vi è, per quanto è dato sapere, una diretta raccolta di dati personali. Ma anche nell'ipotesi, tutta da dimostrare, in cui si ritenesse sussistere una qualche forma di trattamento di dati personali, si è messo in evidenza come, in base al principio di proporzionalità, questa sarebbe in ogni caso compatibile ed adeguatamente bilanciata in ragione dell'esigenza primaria di tutelare la salute pubblica.

Non solo. Si deve anche considerare che l'app *Immuni* permetterebbe, se a pieno regime, di garantire una maggior sicurezza della popolazione. Si deve infatti tenere conto che l'uso dell'app *Immuni* secondo le modalità qui suggerite potrebbe consentire di porre in quarantena in modo più rapido le persone risultate positive e, quindi, eventualmente di allentare le restrizioni allo svolgimento delle normali attività, nella misura in cui si verifici che le misure di *follow-up*<sup>[52]</sup> siano in grado di interrompere rapidamente la catena dei contagi.

La scelta di non ricorrere a tale strumento digitale per supportare gli sforzi di contenimento dell'epidemia appare perciò come non coerente con le finalità perseguite dalle Autorità, di tutela della salute pubblica. Né appare come una scelta esente da critiche il fatto di non avere considerato che il ricorso a tale

tecnologia potrebbe garantire una maggiore protezione della popolazione rispetto al rischio rappresentato dalla diffusione del virus, consentendo al contempo una minore restrizione delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone.

Tale omesso ricorso alle tecnologie disponibili per garantire l'effettività e l'efficacia dell'azione amministrativa messa in campo a contrasto della pandemia, risulta peraltro ancor più criticabile in considerazione del fatto che l'uso dell'App *Immuni* – come si è detto – non genera alcun apprezzabile pregiudizio per i singoli utenti.

In ragione delle suseposte considerazioni, appare fortemente messa in dubbio la legittimità delle restrizioni attualmente in essere. Infatti, come si è detto, se l'app *Immuni* fosse utilizzata come qui suggerito, ossia quale condizione legittimante per lo svolgimento di attività “a rischio di contagio”, si avrebbe una più effettiva realizzazione dei principi di «*adeguatezza e proporzionalità*»: principi che il d.l. 19/2020 indica espressamente quali parametri per l'adozione con d.P.C.M. delle misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19.

Ignorando invece l'apporto che tale strumento digitale può apportare, si può dubitare che i d.P.C.M. attualmente in vigore attuino fedelmente il disposto di cui al d.l. 19/2020, quantomeno nella parte in cui non abbiano tenuto conto che si sarebbe potuto ottenere un risultato migliore – inteso quale più efficace tracciamento dei contagi e quindi un più alto livello di sicurezza – con misure atte a valorizzare il *contact tracing* digitale.

In senso contrario non pare peraltro che possano addursi ragioni di *digital divide*, sia in relazione alle capacità informatiche dei cittadini, sia in rapporto alla capacità economica dei privati di acquistare e possedere uno *smartphone* idoneo all'uso di *Immuni*.

Sotto tale ultimo profilo, visti i danni all'economia che la pandemia ha causato e sta ancora causando, colpendo peraltro anche (se non soprattutto) le fasce più deboli della popolazione, sarebbe certamente possibile sfruttare gli aiuti economici per garantire la disponibilità di uno *smartphone* in grado di eseguire l'app a tutti coloro che non possano permetterselo. Il che, considerata l'elevatissima diffusione degli *smartphone* in Italia<sup>[53]</sup>, e il costo relativamente esiguo dei modelli economici<sup>[54]</sup>, sarebbe senz'altro sostenibile, o comunque potrebbe rappresentare il male minore rispetto ai costi oggi sostenuti dalla sanità pubblica<sup>[55]</sup> ed ai danni derivanti dalla chiusura degli esercizi commerciali.



Quanto, invece, alla questione relativa alle (forse insufficienti) capacità informatiche dei cittadini, è sufficiente evidenziare che l'app *Immuni*, una volta installata, non richiede alcuna interazione da parte dell'utente, sicché sarebbe sufficiente fornire adeguata assistenza al momento dell'installazione iniziale.

## **8. Tecnologie ICT e bilanciamento nella “emergenza protratta”: riflessioni conclusive**

Come si è tentato di mettere in luce nelle pagine che precedono, allo stato attuale l'uso di strumenti forniti dalla tecnologia (e in particolare dalle ICT) potrebbe sia rafforzare l'effettività delle misure di prevenzione dei contagi già in essere, anche grazie all'apporto informativo che la raccolta dei dati sui contagi può generare<sup>[56]</sup>, sia permettere di meglio modulare le limitazioni imposte alla popolazione, grazie a controlli automatizzati su larga scala che consentano di monitorare costantemente i contatti ed individuare quindi, immediatamente, possibili esposizioni al virus.

La moltitudine di strumenti digitali già disponibili rende certamente opportuna la scelta di uno standard comune e unico. Secondo quanto riportato dalle specifiche tecniche dell'app *Immuni*, tuttavia, ad oggi essa risulta già in grado di «ricevere e condividere i codici relativi alle persone positive al Covid-19 tra le app dei paesi aderenti all'interoperabilità europea»<sup>[57]</sup>. Grazie a tale importante caratteristica, ossia l'interoperabilità delle diverse applicazioni di tracciamento dei contatti, è possibile raccogliere efficacemente informazioni utili su larga scala sull'andamento della pandemia, superando i confini nazionali ed applicando un comune sistema nel mercato interno europeo.

Per di più la circostanza che, dopo molti mesi dall'inizio della crisi sanitaria, il virus si stia ancora diffondendo rapidamente, testimonia come le sole misure preventive tradizionali non siano sufficienti se non supportate da adeguati strumenti di controllo. Ma poiché questi controlli possono avvenire efficacemente solo se svolti in modo automatizzato, appare inevitabile che gli strumenti tecnologici più idonei vengano diffusi in modo rapido ed efficace, prevedendo precise strategie volte ad assicurare che il maggior numero di persone possibile si doti di *smartphone*, o altri dispositivi mobili, con installata l'app *Immuni*.

Né una scelta di tal fatta porrebbe dei problemi, come si è detto, dalla prospettiva del principio di proporzionalità. Anzi, per molti versi la soluzione qui proposta - ossia l'obbligo di ostensione della app *Immuni* per certificare l'assenza di contatti a rischio quale condizione legittimante per lo svolgimento o la fruizione dei servizi collegati all'esercizio di determinate attività - potrebbe essere proprio lo strumento che consente di evitare l'adozione di (ulteriori) misure maggiormente restrittive delle libertà e dei diritti degli individui: nella logica propria del principio di proporzionalità, che è sempre quella dell'imposizione del "mezzo più mite" fra tutti quelli a disposizione per potere raggiungere l'obiettivo prefissato. Come scriveva infatti già Giandomenico Romagnosi nelle sue *"Istituzioni di diritto amministrativo"* del 1814, «[...] la seconda regola pratica direttrice dell'amministrazione pubblica, nel caso del conflitto degli interessi del privato con quelli del pubblico [...] si è "far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità". Lo che è sinonimo di "far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà"»<sup>[58]</sup>.

In questa logica, ad esempio, il suo utilizzo consentirebbe di garantire un minore sacrificio di quella libertà di circolazione che è garantita dall'art. 67 TFUE e anche dalla disposizione di cui all'articolo 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali<sup>[59]</sup>.

Ma, pure ove si esamini la questione dalla prospettiva del «ragionevole bilanciamento tra una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti»<sup>[60]</sup>, cui fa più tradizionalmente ricorso la nostra Corte Costituzionale, è chiaro che, di fronte ad una crisi (sanitaria) grave come quella attualmente in atto e che è destinata purtroppo a protrarsi nel tempo, occorre dare fondo a tutte le risorse e fare ricorso a tutti gli strumenti potenzialmente a disposizione. Sicché pare evidente a chi scrive che, in un contesto in cui le misure sinora adottate limitano drasticamente la libertà di movimento delle persone, nonché lo svolgimento della maggior parte delle attività normalmente svolte, occorre non sottovalutare l'apporto che potrebbe invece derivare da un adeguato utilizzo della tecnologia allo scopo di operare, in prospettiva, un più "ragionevole bilanciamento" fra tutti i diritti ed interessi che entrano qui inevitabilmente in gioco. Anche e soprattutto perché un'emergenza che si protrae nel tempo non può ragionevolmente essere gestita con i medesimi strumenti messi in campo al momento della sua esplosione!<sup>[61]</sup>

In conclusione, dunque, l'utilizzo dell'app *Immuni*, oltre a potere costituire un importante strumento a supporto delle altre misure adottate per il contenimento della pandemia, rendendole più efficaci ed efficienti, appare idoneo a consentire, in prospettiva, anche di meglio calibrarle per il futuro. In questo senso appare assai interessante l'esempio della Corea del Sud: che ha fatto ricorso ad un programma nazionale di tracciamento dei contatti COVID-19 allo scopo di guidare la "evidence-based policy" finalizzata a mitigare la pandemia<sup>[62]</sup>. L'obiettivo ultimo di dette "policy" (e degli strumenti giuridici intesi a realizzarle) deve infatti essere di far sì che tutti i diritti ed interessi coinvolti nel complesso e assai composito quadro, in cui il legislatore "dell'emergenza protratta" è necessariamente obbligato ad operare, siano ragionevolmente bilanciati, proprio nella prospettiva del "minor sacrificio possibile" caratteristica del principio di proporzionalità<sup>[63]</sup>.

1. I paragrafi 1-3, 5 e 7 sono a cura di Gherardo Carullo. I paragrafi 4 e 8 sono a cura di Diana-Urania Galetta. Il paragrafo 6 è stato invece redatto congiuntamente da entrambi gli autori.
2. In tal senso, per tutti, v. L. Cuocolo, *Presentazione*, in L. Cuocolo (a cura di), *Osservatorio Emergenza Covid-19 n. 1 - I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, Federalismi.it, 2020, il quale sottolinea che «la reazione degli ordinamenti mondiali all'emergenza sanitaria derivata dal Covid-19 ha portato alla compressione e alla limitazione di molti diritti individuali e collettivi, per lo più garantiti a livello costituzionale». Sul punto si vedano anche gli ulteriori contributi in tale numero speciale della Rivista Federalismi a cura di L. Cuocolo.
3. V. il d.P.C.M. del 13 ottobre 2020, recante «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 maggio 2020, n. 35, recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"*», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*»; il d.P.C.M. del 18 ottobre 2020, recante «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"*», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*»; il d.P.C.M. del 24 ottobre 2020 recante «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"*», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con

modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante “Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”»; nonché il d.P.C.M. del 3 novembre 2020 recante «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»». Sui provvedimenti adottati a livello nazionale dall'inizio della pandemia, v. M. Gnes, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giornale Dir. Amm.*, 3, 2020.

4. V. G. Carullo, *Digitalizzazione dei controlli ai tempi del coronavirus*, in *CERIDAP*, 1, 2020, *passim*.
5. V. ordinanza del 16 aprile 2020, n. 10 del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, disponibile su <http://www.governo.it/it/dipartimenti/commissario-straordinario-lemergenza-covid-19/14483>.
6. V. C. Bottari, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19 n. 1, 2020. Un esempio concreto è dato anche dalla, quantomeno iniziale, «mancata disponibilità e al difficoltoso reperimento di strumenti ritenuti basilari nell'approntamento delle cure ai pazienti, quali le mascherine e i kit protettivi per gli operatori sanitari e i ventilatori polmonari e analoghi macchinari da utilizzare nelle sale di rianimazione», F.G. Cuttaia, *La gestione dell'emergenza conseguente alla pandemia da Covid-19 con particolare riguardo alle criticità evidenziate nella governance dei dispositivi medici. Profili giuridici e spunti evolutivi*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19 n. 1, 2020.
7. In tal senso il contributo pubblicato in data 10 giugno 2020 di C. Colapietro, A. Iannuzzi, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020, p. 792 e ss., i quali propendono «per la volontarietà dell'app» sia per ragioni giuridiche, sia per ragioni socio-psicologiche.
8. Secondo quanto riportato dalle maggiori testate giornalistiche, per tutti cfr. quanto segnalato dall'ANSA il 27 ottobre 2020: [https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2020/10/27/covid-fonti-ipotesi-regia-comune-dietro-scontri\\_bb699adb-39f1-46ab-9766-c723d54e949e.html](https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2020/10/27/covid-fonti-ipotesi-regia-comune-dietro-scontri_bb699adb-39f1-46ab-9766-c723d54e949e.html).
9. Come rilevato da G. Della Morte, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell'app selezionata dal Governo italiano*, in *Dir. umani e Dir. Int.*, 2, 2020, p. 329, una delle criticità di Immuni consiste nel non prevedere azioni di *follow-up* stringenti in caso di potenziale contatto con un soggetto risultato positivo.
10. Per una ricostruzione dell'iter di progettazione e sviluppo dell'app v. C. Colapietro, A. Iannuzzi, *App di contact tracing*, cit..
11. V. <https://www.immuni.it/it/#section1>.

12. V. <https://www.immuni.italia.it/#section1>.
13. V. <https://www.immuni.italia.it/#section2>.
14. Si veda l'«*informativa privacy*» consultabile dall'app stessa. In dottrina, in assenza di geolocalizzazione, si è infatti osservato che «*sarebbe pertanto più opportuno parlare, allo stato delle funzioni, di una app di exposure notification o, quantomeno, di mero proximity tracing con esclusione del tracing in quanto tale, che richiederebbe la geolocalizzazione quale tecnologia in grado di conoscere non solo il “se” del contatto ma anche il “dove”*», M. Plutino, “*Immuni*”. Un'«*exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*», in *MediaLaws*, 2, 2020, p. 179.
15. I dispositivi che richiedono la geolocalizzazione attiva sono quelli con una versione del sistema operativo Android precedente alla n. 11. In tali casi, come viene spiegato dall'app *Immuni* stessa, «*a causa di una limitazione del sistema operativo, il servizio di geolocalizzazione deve essere attivo per consentire lo scambio di codici casuali via Bluetooth*». Dall'analisi del codice sorgente dell'app *Immuni* si può avere conferma che la necessità che la geolocalizzazione debba essere attiva non consente in ogni caso la raccolta dei relativi dati. Al riguardo si può menzionare che l'app esegue un controllo attraverso la funzione `exposureNotificationClient.deviceSupportsLocationlessScanning` facente parte del codice di *Exposure Notification* realizzato da Google per il sistema operativo Android. Tale funzione, come spiegato nella documentazione tecnica, ha il seguente scopo: «*Checks whether the device supports Exposure Notification BLE scanning without requiring location to be enabled first*» (v. <https://developers.google.com/android/reference/com/google/android/gms/nearby/exposurenotification/ExposureNotificationClient?hl=en>). Quanto riportato può essere verificato sul *repository* del codice sorgente dell'app (v. <https://github.com/immuni-app/immuni-app-android>), nei seguenti file: `app/src/main/java/it/ministerodellasalute/immuni/ui/onboarding/fragments/viewpager/ExposureNotificationFragment.kt`, righe 84-89; `extensions/src/main/java/it/ministerodellasalute/immuni/extensions/nearby/ExposureNotificationManager.kt`, riga 77.
16. La seguente descrizione è desunta dalle FAQ disponibili all'indirizzo <https://www.immuni.italia.it/faq.html>.
17. Come spiegato nel documento tecnico di cui alla successiva nota, tale tecnologia è stata implementata «*to combat the spread of the coronavirus — the pathogen that causes COVID-19 — by alerting participants about possible exposure, through someone they have recently been in contact with who has subsequently been positively diagnosed*» (p. 3).
18. V. il documento tecnico *Exposure Notification Cryptography Specification*, v 1.2.1, disponibile agli indirizzi [https://blog.google/documents/69/Exposure\\_Notification\\_-\\_Cryptography\\_Specification\\_v1.2.1.pdf](https://blog.google/documents/69/Exposure_Notification_-_Cryptography_Specification_v1.2.1.pdf) e <https://covid19-static.cdn-apple.com/applications/covid19/current/static/contact-tracing/pdf/ExposureNotification-CryptographySpecificationv1.2.pdf>.

19. La traduzione esatta sarebbe “chiave di esposizione temporanea”, senonché, secondo la documentazione tecnica, la TEK viene rigenerata in base al *TEKRollingPeriod*, che in sostanza è equivalente a 24 ore, sicché si può considerare la chiave di esposizione come giornaliera, con ciò intendendosi un arco temporale di 24 ore e non la giornata solare (dalle 00:00 alle 23:59).
20. Questa la descrizione del documento tecnico *Exposure Notification - Bluetooth Specification*, v. 1.1, consultabile all’indirizzo [https://www.blog.google/documents/62/Exposure\\_Notification\\_-\\_Bluetooth\\_Specification\\_v1.1.pdf](https://www.blog.google/documents/62/Exposure_Notification_-_Bluetooth_Specification_v1.1.pdf). In particolare, viene spiegato a pagina 4 che tali metadati contengono: «i. Byte 0 — Versioning. • Bits 7:6 — Major version (01). • Bits 5:4 — Minor version (00). • Bits 3:0 — Reserved for future use. ii. Byte 1 — Transmit power level. • This is the measured radiated transmit power of Bluetooth Advertisement packets, and is used to improve distance approximation. The range of this field shall be -127 to +127 dBm. iii. Byte 2 — Reserved for future use. iv. Byte 3 — Reserved for future use».
21. Corte di giustizia dell’UE, sentenza del 19 ottobre 2016, C-582/14, Breyer, ECLI: EU: C: 2016: 779, p. 49.
22. Secondo quanto riportato nell’«*informativa privacy*», i dati raccolti sono: «*provincia di domicilio*»; «*indicatori di corretto funzionamento*»; «*token temporanei*»; «*indirizzo IP*»; «*ricezione notifica di esposizione*»; «*data dell’ultimo contatto a rischio*»; «*chiavi di esposizione (Temporary Exposure Key - TEK)*»; «*indicatori di rischio di precedenti contatti*»; «*Paesi di Interesse*»; «*codice OTP*»; «*data di comparsa dei sintomi o di prelievo del tampone*».
23. Secondo quanto riportato nella documentazione tecnica delle tecnologie sulla base delle quali l’app *Immuni* è realizzata, le chiavi di esposizione, note in inglese come *Temporary Exposure Key*, «*are anonymous keys shared between mobile devices to determine if two devices were sufficiently nearby to be considered “exposed” to one another*», v. <https://google.github.io/exposure-notifications-server/getting-started/publishing-temporary-exposure-keys.html>.
24. Parlano invece di pseudonimizzazione C. Colapietro, A. Iannuzzi, *App di contact tracing*, cit., p. 795.
25. Ai sensi dell’art. 4, p. 1, n. 5, si intende con «*pseudonimizzazione*» «*il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l’utilizzo di informazioni aggiuntive*». L’uso dell’avverbio «*più*» lascia intendere che i dati di partenza usati per la pseudonimizzazione potrebbero essere riferiti ad una persona fisica, cosa che nella specie invece non risulta sussistere trattandosi di codici alfanumerici casuali.
26. Ritene che tali dati, anonimi in partenza, divengano pseudo-anonimi quando caricati, volontariamente, sul server a seguito di positività M. Plutino, *“Immuni”. Un’*exposure notification app**, cit., p. 183. Secondo quanto noto, tuttavia, non vi è motivo di ritenere che con il caricamento dei dati questi diventino pseudo-anonimi in quanto, stando alle specifiche tecniche rese disponibili, non risulta che vi sia in tale momento un’associazione

- di tali codici alfanumerici con i dati personali del paziente.
27. Ed in effetti, anche quella dottrina che ha qualificato la modalità di gestione dei dati dell'app *Immuni* in termini di pseudonimizzazione, e non di vera e propria anonimizzazione, giunge a concludere che le modalità operative dell'app *Immuni* «*si riflettono sui diritti dell'interessato di cui agli artt.15-20 reg. 16/679/UE [...] non tanto derogandoli, quanto rendendoli sostanzialmente inapplicabili*», v. G. Citarella, *Considerazioni sull'APP Immuni*, in G.P. Dolso; M.D. Ferrara; D. Rossi (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2020, p. 376. Ma sul punto si deve ancora ribadire che se i dati raccolti non sono riferibili ad una persona, non sono solo i diritti dell'interessato ad essere inapplicabili, quanto il Regolamento 2016/679/UE nella sua interezza.
  28. L'uso del termine riservatezza è qui da intendere non quale sinonimo di *privacy*, secondo l'idea per cui si tratta di concetti distinti in quanto da un lato vi è «*la Privacy, che mira a garantire la libertà di autodeterminazione nelle scelte di vita e dall'altro la riservatezza, che riguarda la non ingerenza di terzi nella propria sfera personale*», v. E. Falletti, *L'evoluzione del concetto di privacy e della sua tutela giuridica*, in G. Cassano; G. Vaciago (a cura di), *Diritto dell'internet*, CEDAM, Padova, 2012, p. 22,
  29. V. considerando 46 del Regolamento. In dottrina, sul punto v. M. Ponari, *Il trattamento dei dati sanitari durante l'emergenza*, in M. Campagna; S.F. Manzin (a cura di), *Riflessioni sulla sanità in emergenza*, Aracne, Canterano, 2020, p. 106.
  30. In tal senso, in relazione proprio al carattere volontario di *Immuni*, M. Plutino, «*Immuni*». *Un'exposure notification app*, cit., p. 180.
  31. V. art. 17-bis del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*».
  32. A. Barak, *Proportionality and Principled Balancing*, in *Law & Ethics of Human Rights*, , 2010/1, p. 1 ss.
  33. Si veda su questo punto anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: «*A difference of treatment in the exercise of a right laid down by the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 will also be violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized*»; GLOR v. SWITZERLAND, 13444/04 30/04/2009. La stessa logica secondo cui «*such a justification must be assessed in relation to the aim and the effects of the measure concerned and the principles which normally prevail in democratic societies*» si applica a tutti gli altri diritti protetti dalla CEDU, v. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22003-2724329-2974120%22>}, (data della consultazione: 30 agosto 2020).
  34. Per approfondimenti: D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998.
  35. A. Barak, *Proportionality and Principled Balancing* cit. La traduzione è mia.
  36. In tal senso si vedano G. Biscontini, E.M. Comba, E. Del Prato, L.A. Mazarroli, A. Poggi,

- G. Valditara, F. Vari, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19 n. 1, 2020, secondo i quali «nel bilanciamento tra tutela della vita e della salute e tutela di alcuni diritti individuali, quanto meno in questo particolare momento, occorre dare la prevalenza ai primi, come già avvenuto anche con la restrizione, ad esempio, della libertà di circolazione».
37. Corte di giustizia, 16 luglio 2020, C-311/18, *Facebook Ireland e Schrems*, ECLI: EU:C:2020:559, p. 176.
38. J. Ziller, *Unione europea e Coronavirus*, in *CERIDAP*, 1, 2020, p. 5.
39. Tale criticità è sottolineata anche da G. Della Morte, *Quanto Immuni?*, cit., p. 328.
40. In tal senso v. M.A. Lemley, *Antitrust and the Internet Standardization Problem*, in *Conn. L. Rev.*, 28, 1996, p. 1041; M.L. Montagnani, *Remedies to Exclusionary Innovation in the High-Tech Sector: Is there a Lesson from the Microsoft Saga?*, in *World Competition*, 4, 2007, p. 623.
41. Cfr. M. Gladwell, *The Tipping Point: How Little Things Can Make a Big Difference*, Little, Brown, New York, NY, 2006.
42. Si era infatti suggerito che, in relazione al problema della frammentazione delle soluzioni tecnologiche, fosse «opportuno che, in base alle rispettive competenze, ciascuna Autorità indichi quali strumenti tecnologici possano o debbano essere adottati, anche da cittadini, al fine di supportare le loro attività», v. G. Carullo, *Digitalizzazione dei controlli ai tempi del coronavirus*, cit., p. 12. Sulla «necessità di utilizzare degli standard per l'uso e la rielaborazione [dei dati sanitari]», v. anche A. Monica, *Unione europea e tutela della salute: gestione di emergenze epidemiologiche a carattere transfrontaliero*, in M. Campagna; S.F. Manzin (a cura di), *Riflessioni sulla sanità in emergenza*, Aracne, Canterano, 2020, p. 86.
43. Con la già richiamata ordinanza n. 10/2020. Da sottolineare peraltro che la società realizzatrice dell'app, «per spirito di solidarietà e, quindi, al solo scopo di fornire un proprio contributo, volontario e personale, utile per fronteggiare l'emergenza da COVID-19 in atto, ha manifestato la volontà di concedere in licenza d'uso aperta, gratuita e perpetua [...] il codice sorgente e tutte le componenti applicative facenti parte del sistema di contact tracing già sviluppate, nonché, per le medesime ragioni e motivazioni e sempre a titolo gratuito, ha manifestato la propria disponibilità a completare gli sviluppi informatici che si renderanno necessari per consentire la messa in esercizio del sistema nazionale di contact tracing digitale».
44. V. i dati disponibili su <https://www.immuni.italia.it/dashboard.html>.
45. Recante «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19».
46. V. art. 1, comma 1, lett. f) del d.P.C.M., che ha aggiunto tale inciso alla lett. a-bis) dell'art. 3 del d.P.C.M. del 13 ottobre 2020.



47. Così la rubrica dell'art. 1 del decreto.
48. V. d.P.C.M. 24/10/2020, art. 1, lett. ee).
49. V. la già citata ordinanza n. 10/2020
50. Come spiegato dalle *Linee Guida su acquisizione e riuso di software per le pubbliche amministrazioni* adottate dall'AgID di cui alla Determina del 9 maggio 2019, n. 115, l'espressione *open source* identifica «una modalità con cui il software può essere concesso in licenza. Si realizza attraverso la concessione al pubblico, dei diritti di uso, copia, modifica, distribuzione di copie anche modificate, del software; per fare ciò, è necessario anche che il codice sorgente sia liberamente disponibile». Le Linee Guida sono disponibili all'indirizzo [https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository\\_files/lg-acquisizione-e-riuso-software-per-pa-docs\\_publicata.pdf](https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/lg-acquisizione-e-riuso-software-per-pa-docs_publicata.pdf).
51. Ai sensi delle Linee Guida di cui alla nota precedente, il codice sorgente «è il testo di un programma scritto in un linguaggio di programmazione (es. C o Visual Basic) dal quale si deriva il programma finale che l'utente usa. L'accesso al codice sorgente è essenziale per poter modificare un programma».
52. Come già evidenziato da citato brano di G. Della Morte, *Quanto Immuni?*, cit., p. 329.
53. Secondo il report Digital 2020, nel 2020 in Italia sono presenti poco più di 80 milioni di *smartphone* per una popolazione residente di circa 60 milioni, v. <https://datareportal.com/reports/digital-2020-italy>.
54. L'app *Immuni* può essere installata su qualsiasi dispositivo con sistema operativo Android. Secondo quanto risultante dai più noti negozi online, *smartphone* con sistema operativo Android possono essere acquistati con budget (anche molto) al di sotto di € 100.
55. Sul che v. M. Campagna, *Covid-19 e questione ospedaliera*, in M. Campagna; S.F. Manzin (a cura di), *Riflessioni sulla sanità in emergenza*, Aracne, Canterano, 2020, *passim*.
56. In tal senso, sullo specifico caso della pandemia, cfr. A. Monti, *Scienza, tecnicocontrollo e public-policy nell'era COVID-19*, in *Riv. Trim. Sc. Amm.*, 2, 2020. Più in generale, sul valore conoscitivo dei dati nella sfera pubblica, si rinvia a G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017.
57. V. le note di aggiornamento dell'app sugli Store per iOS ed Android del 19 ottobre 2020. A proposito dell'interoperabilità europea v. ISA<sup>2</sup> - Interoperability solutions for public administrations, businesses and citizens, [https://ec.europa.eu/isa2/home\\_en](https://ec.europa.eu/isa2/home_en)
58. Romagnosi, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, p. 16 s.
59. Secondo l'Art. 2 del Protocollo n. 4 alla CEDU «1. *Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di sceglierli liberamente la sua residenza. 2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo. 3. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui. 4. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone*

*determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica», v. [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_ita.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_ita.pdf).*

60. Corte Cost., sentenza 182/2017 (ECLI:IT:COST:2017:182), par. 3.2.
61. In argomento è interessante lo studio pubblicato dal Parlamento europeo, *Il diritto di eccezione: una prospettiva di diritto comparato - Italia: stato di emergenza*, doc. PE 651.983 - Giugno 2020, consultabile all'indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS\\_STU\(2020\)651983](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2020)651983) (data della consultazione: 10 novembre 2020). Per una valutazione della legittimità degli interventi adottati durante la prima fase dell'emergenza si veda per tutti M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2 ([https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2\\_2020\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2020_Luciani.pdf)).
62. Si veda Y. Park, Y. Choe e. a., *Contact Tracing during Coronavirus Disease Outbreak, South Korea, 2020*, in *Emerging Infectious Diseases*, 2020, 26(10), p. 2465 ss. (<https://dx.doi.org/10.3201/eid2610.201315>), che descrivono il programma nazionale di tracciamento dei contatti COVID-19 in Corea del Sud fornendo dati concreti sui risultati ottenuti.
63. Su cui si rinvia, da ultimo, a D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, 6, p. 903 ss. e dottrina ivi ampiamente richiamata.

## Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effet utile

*Massimo Giavazzi*

*L'annullamento d'ufficio degli atti della P.A. concorre con la funzione giurisdizionale a garantire l'effet utile. Da qui la funzionalizzazione dell'autonomia procedurale al principio di effettività delle norme UE. Ciò, tuttavia, non può andare a detrimento del principio comunitario della certezza del diritto (e della tutela del legittimo affidamento). Donde, la necessità di risolvere il conflitto tra la certezza e la giustizia attraverso una sintesi dei contrapposti interessi tramite il principio di proporzionalità conformato al principio di legalità.*

*[The legality and Legal Certainty and Withdrawal of Unlawful Acts: as Interpreted in the Light of the Principle of Effectiveness] The withdrawal of unlawful acts of public administrations aids the judicial function to guarantee effet utile. It follows the functionalization of procedural autonomy to the principle of effectiveness of EU rules. This, however, cannot go against the Community principle of legal certainty and the protection of legitimate expectations. Hence, the conflict between certainty and justice must be resolved through a synthesis of the opposing interests by the application of the principle of proportionality which conforms to the principle of legality.*

### **1. L'annullamento d'ufficio quale strumento alternativo alla tutela giurisdizionale**

L'autotutela decisoria<sup>[1]</sup> è indubabilmente conformata dal diritto e dai principi UE<sup>[2]</sup>: primo tra tutti quello dell'effetto utile dell'effetto diretto delle norme comunitarie (*effet utile*). Lo è, perlomeno, con riguardo a quella sua manifestazione (l'annullamento d'ufficio) che è funzionale alla tutela della legalità<sup>[3]</sup>, e si pone, dunque, quale strumento di garanzia alternativo alla tutela

giurisdizionale<sup>[4]</sup>. Nella logica dell'*effet utile*, è, invero, senz'altro preferibile la teorica di Benvenuti che ebbe a definire l'autotutela decisoria come attività amministrativa «*materialmente giurisdizionale*»<sup>[5]</sup>, piuttosto che il prevalente orientamento di dottrina, oggi inteso a ricondurre l'annullamento d'ufficio all'esercizio di una potestà di amministrazione attiva<sup>[6] [7]</sup>.

Quale che sia la qualificazione dogmatica dell'atto di autotutela provvedimento di amministrazione attiva/atto materialmente giurisdizionale), ciò che assume un ruolo centrale nella prospettiva comunitaria è come si risolve l'ineludibile tensione tra la legge e il diritto<sup>[8]</sup>, esteso quest'ultimo sino a ricomprendervi i principi, e tra essi la buona fede<sup>[9]</sup> e la tutela del legittimo affidamento<sup>[10]</sup>, quali espressioni del principio di certezza del diritto<sup>[11]</sup>. È, invero, qui centrale proprio il ruolo che la buona fede e la tutela del legittimo affidamento (principi ancillari a quello di certezza del diritto) assumono a contrastare il principio di legalità<sup>[12]</sup>: perché in tanto si può sostenere un interesse qualificato di un cittadino a conservare una situazione in contrasto con la legge, in quanto si possa richiamare a regolare il contrasto un principio (la buona fede) di valore quantomeno pari a quello di legalità<sup>[13]</sup>. In questa prospettiva, l'interesse pubblico che deve sempre giustificare l'atto di autotutela non è l'obiettivo (la finalità) del provvedimento di autotutela decisoria (come lo intende Benvenuti con l'affermazione che «*l'autotutela è sempre in funzione nell'interesse dell'amministrazione*»)<sup>[14]</sup>. Quell'interesse pubblico (ulteriore rispetto a quello al mero ripristino della legalità violata) serve solo a giustificare la prevalenza del principio di legalità comunitaria sul principio (di rilevanza comunitaria) di certezza del diritto, come esito di una valutazione impostata sul principio di proporzionalità (idoneità, necessità, adeguatezza)<sup>[15]</sup>.

Donde, ai fini di assicurare l'*effet utile* delle norme UE (ma anche dei principi comunitari e tra essi, appunto, quello di certezza del diritto), è da ritenere che, con riguardo ai provvedimenti che incidono negativamente sugli interessi dei destinatari, non vi sia alcun affidamento da tutelare<sup>[16]</sup>. Sicché, non essendovi qui la necessità della tutela di un incolpevole affidamento antagonista alla legalità, l'annullamento diviene, con riguardo agli atti sfavorevoli, doveroso, a garanzia dell'uniforme applicazione delle norme comunitarie (che è un principio fondante della UE come comunità di diritto). Ciò sempreché il provvedimento, nel restringere le facoltà di un privato, non abbia altresì ad ampliare quella di altri

privati, emergendo altrimenti (alla presenza di un controinteressato), anche con riguardo ai provvedimenti sfavorevoli, un incolpevole affidamento da considerare nella valutazione comparativa del legittimo affidamento con l'obiettivo del ripristino della legalità<sup>[17]</sup>.

Questo, in coerenza con la proposta di codificazione del procedimento amministrativo europeo di cui al Codice ReNEUAL<sup>[18]</sup>, positivamente valorizzata dal Parlamento europeo<sup>[19]</sup>.

## 2. L'autotutela doverosa

Quantunque l'atto di autotutela - per inveterata tradizione ma ora anche per chiaro precetto normativo<sup>[20]</sup> - sia senza dubbio atto discrezionale, la giurisprudenza ha, nondimeno, individuato talune ipotesi nelle quali l'annullamento d'ufficio diviene doveroso<sup>[21]</sup>, ma meglio sarebbe dire necessitato<sup>[22]</sup> o vincolato<sup>[23]</sup>, perché conseguirebbe inevitabilmente al riscontro dell'illegittimità dell'atto<sup>[24]</sup>.

Ciò, anzitutto, nella ricorrenza di particolari vicende, nelle quali si ritiene che l'interesse pubblico all'autotutela sia *in re ipsa*<sup>[25]</sup>. Quindi, quando: (i) il destinatario del provvedimento non sia in buona fede, avendo egli piuttosto tratto in inganno la P.A. con una falsa rappresentazione della realtà<sup>[26]</sup>; (ii) sia decorso un breve lasso di tempo dall'adozione del provvedimento che si intende annullare<sup>[27]</sup>; (iii) l'oggetto dell'annullamento d'ufficio sia un provvedimento non definitivo<sup>[28]</sup>. Ma, a ben vedere, queste ipotesi che (nell'improprio richiamo a un c.d. interesse pubblico *in re ipsa*) sono definite di annullamento doveroso sono piuttosto fattispecie di esercizio discrezionale della potestà di autotutela, caratterizzate, semmai, dal fatto che il confronto comparativo tra l'interesse pubblico all'annullamento e l'interesse privato alla stabilità del rapporto è qui reso più semplice dal fatto che la tutela del legittimo affidamento è irrilevante<sup>[29]</sup>.

Si è ritenuto da taluno doveroso l'annullamento d'ufficio che interviene su di un atto vincolato. Ma così non è, perché anche il provvedimento vincolato è suscettibile di generare affidamenti degni di tutela, atti a rendere l'atto illegittimo insuscettibile di un ripensamento da parte della P.A., quantunque nel ripristino della legalità violata. E, infatti, la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'autotutela è discrezionale anche quando interviene su di un atto di carattere

vincolato<sup>[30]</sup>.

La doverosità dell'atto di autotutela s'imporrebbe, secondo altri, là dove emergano nella vicenda interessi sensibili, espressione di valori preminenti dell'ordinamento, com'è, per quelli ambientali, paesaggistici, della salute e della pubblica sicurezza, che già sottostanno a un regime amministrativo diverso da quello generale<sup>[31]</sup>. Perciò, si è talvolta affermato che l'interesse pubblico all'annullamento del provvedimento lesivo di quegli speciali interessi pubblici sarebbe *in re ipsa*<sup>[32]</sup>. Sennonché, l'affermazione dell'esistenza di un elemento della fattispecie a prescindere dalla sua dimostrazione è semplicemente un deprecabile artificio argomentativo a semplificare l'onere motivazionale, ma non può neanche espungere dalla fattispecie quel suo elemento che è dato per sussistente (sia pure senza dimostrarlo)<sup>[33]</sup>. Sicché, il richiamo a un interesse pubblico *in re ipsa* null'altro è che un disimpegno del giudice rispetto al suo obbligo (costituzionale) di motivare il provvedimento giurisdizionale<sup>[34]</sup>. Una prassi anomala che, dunque, non può assurgere a teorica dell'annullamento d'ufficio.

Altri ancora configurano come doveroso l'annullamento d'ufficio ogniqualvolta vi sia da evitare un esborso di danaro da parte della P.A.<sup>[35]</sup>. Si tratta di vicende nelle quali vi sono state ingiustificate erogazioni di danaro pubblico ai privati o l'attribuzione di determinati *status* da cui consegue un impegno di spesa continuativo<sup>[36]</sup>, e rispetto alle quali si è ritenuto recessiva la disciplina dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 rispetto a quella relativa alla ripetizione dell'indebito oggettivo ex art. 2033 c.c.<sup>[37]</sup>. Al proposito era, peraltro, intervenuta persino una norma specifica (l'art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004)<sup>[38]</sup> a tenore della quale «*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso*». Ciò che peraltro (nel richiamo alla mera possibilità dell'atto di autotutela: «*può sempre essere disposto*»)<sup>[39]</sup> induceva, semmai, a escludere, anche in questo ambito, la doverosità dell'annullamento d'ufficio<sup>[40]</sup> <sup>[41]</sup>. Da ultimo, il legislatore ha configurato un obbligo di autotutela, con riguardo al procedimento per danno erariale, prevedendo all'art. 52 del codice della giustizia contabile (d.lgs. n. 174/2016) che «*Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in*

*essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione».* Ma anche qui è da escludere che la norma (in effetti, la piana applicazione del principio codificato nell'art. 1227, comma 2, c.c., che esclude il risarcimento del danno che il danneggiato «*avrebbe potuto evitare*») abbia reso doveroso l'annullamento d'ufficio, costituendo l'iniziativa di emenda semmai un onere (al fine di esercitare il diritto risarcitorio)<sup>[42]</sup>, l'adempimento del quale è subordinato alla fattibilità dell'intervento di autotutela («*ove possibile*») secondo gli ordinari principi che presiedono al suo esercizio (la discrezionale comparazione degli interessi in gioco, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990).

Si è, poi, sostenuta la doverosità dell'atto di autotutela, ogniqualvolta l'invalidità del provvedimento sia stata dichiarata con atto inoppugnabile (una sentenza del giudice ordinario che abbia affermato l'illegittimità dell'atto amministrativo agli effetti dell'art. 4 dell'Allegato E della legge n. 2248/1865, l'annullamento in sede giurisdizionale o amministrativa di atti presupposti, l'esito negativo di un procedimento di controllo)<sup>[43]</sup>.

Ma si è al proposito obiettato che in questi casi non viene meno la valutazione discrezionale, bensì essa si caratterizza per il fatto che, in simili vicende, l'interesse pubblico non serve a giustificare l'annullamento, bensì, semmai, a evitarlo<sup>[44]</sup>.

In sintesi, nessuna delle ipotesi descritte dalla giurisprudenza e dalla dottrina come di annullamento d'ufficio doveroso sfugge alla ineludibile caratteristica dell'istituto dell'essere atto di discrezionalità amministrativa. Nondimeno, in questi casi la discrezionalità, indubbiamente, si atteggia in modo particolare, talvolta elidendo sino quasi ad annullare (mai però per intero) il margine di scelta della P.A., impostato sulla valutazione comparativa (secondo il principio di proporzionalità) degli interessi coinvolti nell'esercizio della potestà di autotutela decisoria.

Quantunque, come vedremo, l'autotutela conformata all'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE sia caratterizzata da una discrezionalità (che si definirà come orientata) a valorizzare l'interesse pubblico esclusivamente in chiave demolitoria (essendo la conservazione piuttosto la conseguenza della valorizzazione dell'interesse del privato, antagonista a quello pubblico, in misura

comparativamente superiore), così da doversi escludere un rifiuto dell'annullamento giustificato (anziché dalla prevalenza della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento) da un prevalente interesse pubblico alla conservazione dell'atto illegittimo, l'argomento è utile a evidenziare che non si tratta, in questi casi, di escludere la discrezionalità, bensì di ridurla entro più ristretti limiti valutativi.

Eppure, altra ipotesi di annullamento doveroso (obbligato, vincolato o necessitato, che dir si voglia) è stato rinvenuto da parte della dottrina<sup>[45]</sup> e della giurisprudenza<sup>[46]</sup> proprio nell'annullamento di provvedimenti contrastanti con le norme comunitarie. Ma - come si dirà - non esiste nella giurisprudenza della Corte di giustizia alcun appiglio a giustificare questo arbitrario assunto. Non è proprio il caso di dire che «*lo squarcio della legalità comunitaria, che è interesse supremo, "azzerà" la discrezionalità, rendendo l'annullamento doveroso*»<sup>[47]</sup>. E, anzi, proprio la giurisprudenza comunitaria esclude la possibilità di interpretare le disposizioni nazionali nel senso della doverosità dell'annullamento<sup>[48]</sup>, da taluno invocata (al proposito degli atti comunitari) con riguardo al disposto dell'art. 43 della legge n. 234/2012, là dove si impone agli enti pubblici di adottare «*ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi derivanti dalla normativa dell'Unione europea*»<sup>[49]</sup>.

In conclusione, è dunque da escludere che esistano, nel diritto interno, fattispecie di annullamento d'ufficio doveroso<sup>[50]</sup>, atteggiandosi sempre l'atto di autotutela come provvedimento discrezionale, sia pure con diversi gradienti di discrezionalità in funzione del differente grado di rilevanza costituzionale degli interessi pubblici a tutela dei quali quell'atto interviene<sup>[51]</sup>, potendosi al più immaginare che, in particolari vicende, vi sia una presunzione (*iuris tantum*) della ricorrenza di un interesse pubblico alla rimozione prevalente rispetto a quello che milita per la sua conservazione<sup>[52]</sup>.

Escluso quindi che vi siano nel nostro ordinamento fattispecie di annullamento doveroso, altro è a dirsi con riguardo alla doverosità intesa (non già quale obbligo di annullare l'atto illegittimo ma) piuttosto come obbligo di provvedere<sup>[53]</sup> sull'istanza di autotutela proveniente dal privato, eventualmente anche per respingerla<sup>[54]</sup>. L'obbligo di provvedere sull'istanza del privato, in effetti, parrebbe coerente con i principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.<sup>[55]</sup>. Donde, la necessità, quantomeno, di procedere a una sommaria



delibazione sulla richiesta di riesame<sup>[56]</sup>. E, questo, ora anche in ragione di quanto disposto dal comma b-*quater* dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, introdotto dalla novella del 2014, a mente del quale «*rimangono ferme le responsabilità connesse ... al mancato annullamento dell'atto illegittimo*»<sup>[57]</sup>. Ma di ciò si dubita ancora in dottrina<sup>[58]</sup>, e, come vedremo, non è questo l'orientamento della giurisprudenza<sup>[59]</sup>, ché anzi la Corte costituzionale ha statuito che «*Se questa Corte affermasse il dovere dell'amministrazione tributaria di pronunciarsi sull'istanza di autotutela, aprirebbe la porta (ammettendo l'esperibilità dell'azione contro il silenzio, con la conseguente affermazione del dovere dell'amministrazione di provvedere e l'eventuale impugnabilità dell'esito del procedimento che ne deriva) alla possibile messa in discussione dell'obbligo tributario consolidato a seguito dell'atto impositivo. L'autotutela finirebbe quindi per offrire una generalizzata "seconda possibilità" di tutela, dopo la scadenza dei termini per il ricorso contro lo stesso atto impositivo*»<sup>[60]</sup>. Vi è, tuttavia, più di una ragione per dubitare della correttezza della conclusione<sup>[61]</sup>, ancor più (come vedremo) con riguardo agli atti di amministrazione comunitaria indiretta, quando cioè l'operato della P.A. nazionale è in funzione dell'esecuzione di una norma UE.

### **3. L'annullamento d'ufficio nella giurisprudenza della Corte di giustizia (con riguardo all'amministrazione comunitaria diretta)**

La Corte di giustizia si è occupata dell'autotutela decisoria<sup>[62]</sup> sin dagli esordi della sua giurisprudenza.

Nella celeberrima sentenza *Algera*<sup>[63]</sup>, essa ha statuito che «*Circa la possibilità di revoca di tali atti, trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i Paesi della Comunità, ma per la cui soluzione il Trattato non contiene alcuna norma giuridica. La Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei Paesi membri*». Da qui, la conclusione di dovere «*accoglie[re] il principio della revocabilità di atti amministrativi illegali, almeno entro un limite di tempo ragionevole*», in coerenza, appunto, con il «*diritto oggettivo di tutti gli Stati membri*». Sicché,

non solo vi è coerenza di regime tra l'autotutela sugli atti dell'amministrazione europea e quella nazionale, ma addirittura l'istituto nasce, a livello comunitario, su modello (anche) del nostro.

Come bene evidenziato dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer<sup>[64]</sup> la sollecitazione centrifuga cui i principi UE (legalità, buona fede, certezza del diritto) sottopongono l'autotutela è bene riassumibile nell'aforisma di Goethe: «*Preferisco l'ingiustizia al disordine*». E, in effetti, quello è il «*dilemma di ogni ordinamento giuridico: il conflitto tra il desiderio di giustizia da un lato e l'esigenza di certezza dall'altro*». Così che, nella prospettiva comunitaria, la discrezionalità è imprescindibile tratto dell'esercizio della potestà di autotutela, giacché quel «*conflitto dialettico*» tra opposti (e cogenti) principi generali del diritto UE («*valori costitutivi dello Stato di diritto*») non può essere risolto attraverso un astratto giudizio di prevalenza, bensì all'esito di una valutazione comparativa degli interessi in concreto coinvolti nel ripensamento delle istituzioni comunitarie sulla correttezza del proprio operato. In altre parole, i principi UE di legalità e di certezza del diritto escludono (*a fortiori* non lo impongono) che la revoca (l'equivalente del nostro annullamento d'ufficio) consegua per mero automatismo all'accertamento del vizio dell'atto<sup>[65]</sup>.

Nella sentenza *SNUPAT*<sup>[66]</sup>, la Corte di giustizia ha, invero, statuito che «*il principio della certezza del diritto, per quanto importante sia, non va applicat[o] in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità [e] La decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto*». L'autotutela decisoria è, dunque, da sempre tratteggiata dalla giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia quale potere decisamente discrezionale. Donde, vi è sempre da operare un rigoroso bilanciamento tra gli interessi in gioco, anche in una prospettiva temporale: (i) sia con riguardo al termine trascorso dall'adozione del provvedimento illegittimo; (ii) sia in relazione all'obbligo di calibrare gli effetti nel tempo dell'annullamento d'ufficio, essendo possibile farlo retroagire solo nella ricorrenza di particolari situazioni di fatto (come per esempio la malafede del soggetto pregiudicato dall'atto di autotutela)<sup>[67]</sup>.

Nella sentenza *Alpha Steel*<sup>[68]</sup>, la Corte di giustizia ha, infatti, affermato che, secondo la sua giurisprudenza, «*la revoca di un atto illegittimo è consentita entro un termine ragionevole e se la Commissione ha adeguatamente tenuto conto della*

*misura in cui [il beneficiario] ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dell'atto», escludendo nel caso concreto che vi fosse un affidamento da tutelare perché il privato era consapevole dell'errore commesso dalla istituzione comunitaria. Allo stesso modo, nella sentenza *De Compte*<sup>[69]</sup> si legge che, «Secondo una giurisprudenza costante, se bisogna riconoscere ad ogni istituzione comunitaria che accerta che un atto da essa appena emanato è viziato da illegittimità il diritto di revocarlo con effetto retroattivo entro un termine ragionevole, tale diritto trova un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto, che ha potuto far affidamento nella legittimità di quest'ultimo». Il tratto discrezionale della potestà di autotutela è, dunque, *ius receptum* nella giurisprudenza della Corte di giustizia.*

Nella sentenza *AssiDomän*<sup>[70]</sup> la sollecitazione del tratto discrezionale dell'atto di autotutela è stata portata addirittura oltre, negandosi non solo l'obbligo di provvedere ma altresì quello di procedere sull'istanza del privato, senza accogliere il distinguo al proposito suggerito dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer tra la facoltà dell'amministrazione di procedere (che si convertirebbe in obbligo ogniqualvolta vi sia un «serio indizio di irregolarità») e la facoltà di revoca (che consegue sempre a una valutazione di equità delle circostanze del caso concreto), e i corrispondenti diritti al riesame della motivazione dell'atto illegittimo e alla sua revoca<sup>[71]</sup>. La Corte di giustizia, in questo caso, era stata chiamata a statuire sull'obbligo della Commissione di riesaminare suoi provvedimenti frattanto divenuti inoppugnabili per adeguarsi alla statuizione del giudice comunitario su casi analoghi, in una pretesa applicazione estensiva del disposto dell'art. 266 TFUE, a mente del quale «L'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato ... sono tenuti a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea comporta». E, in riforma della sentenza del Tribunale (che aveva dichiarato l'esistenza di un obbligo delle istituzioni comunitarie di estendere gli effetti di una sentenza di annullamento anche a favore di chi non avesse proposto tempestivamente un ricorso di annullamento), la Corte di giustizia ha, appunto, statuito che «Il principio della certezza del diritto ... osta pertanto a che, nell'ipotesi in cui più decisioni individuali analoghe che infliggono ammende siano state adottate nell'ambito di un procedimento comune ed in cui solo taluni destinatari abbiano chiesto ed ottenuto l'annullamento in sede giudiziale delle decisioni che li riguardano,

*l'istituzione da cui esse emanano, su domanda di altri destinatari, sia tenuta a riesaminare, alla luce della motivazione della sentenza di annullamento, la legittimità delle decisioni non impugnate e a valutare se, sulla base di tale esame, si debba procedere ad un rimborso delle ammende versate».*

Sicché, la Corte di giustizia ha escluso l'obbligo di procedere/provvedere in autotutela, quantunque nella ricorrenza di una conclamata (dichiarata dallo stesso giudice comunitario) situazione d'illegalità, e per di più con riferimento a provvedimenti sfavorevoli, rispetto ai quali, dunque, non vi era nemmeno la necessità di contemperare la legalità con la tutela di un legittimo affidamento e quindi giustificandosi il diniego di provvedere solo in ragione di obiettive esigenze di certezza del diritto in una prospettiva assai limitata: la buona amministrazione (ciò che per vero costituisce un ossimoro, dovendosi dubitare che quella realizzata attraverso atti illegali sia davvero buona amministrazione).

In sintesi, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'annullamento d'ufficio (tale è da intendersi la revoca con effetto retroattivo di un provvedimento illegittimo) è un atto discrezionale che si traduce nella scelta concreta attraverso la valutazione concorrente, da un lato, dell'esigenza di ripristinare la legalità violata, e, dall'altro, di quella di salvaguardare il legittimo affidamento del privato ma anche il solo interesse pubblico alla buona amministrazione, assegnando la prevalenza dell'uno o dell'altro degli antagonisti interessi in gioco sulla base: (i) del ritardo con cui si provvede alla correzione dell'errore; (ii) della consapevolezza dell'errore da parte del privato; (iii) del contributo eventualmente dato dal privato alla commissione dell'errore in conseguenza di false informazioni da lui fornite all'amministrazione; (iv) alla misura del vantaggio attribuito al privato dal provvedimento illegittimo comparata con il pregiudizio per le istituzioni comunitarie nel mantenimento di una situazione illegale, così da escludere che vi sia un legittimo affidamento rispetto a un provvedimento pregiudizievole<sup>[72]</sup>.

In breve, tornando all'aforisma di Goethe («*Preferisco l'ingiustizia al disordine*»), ben può affermarsi che il conflitto tra giustizia e certezza è risolto dalla Corte di giustizia prevalentemente in una logica conservativa del provvedimento *contra legem* (a favore della certezza del diritto, dunque), quantunque nel riconoscimento di un ruolo di amplissima discrezionalità in capo alle istituzioni comunitarie, che trova, però, semmai un limite (mai un impulso a

procedere/provvedere) nelle rivendicazioni dei privati. Ciò che induce la Corte di giustizia a indebolire le potenzialità dell'autotutela (come ritraibile dalla giurisprudenza degli Stati membri, da cui pure il suo diritto pretorio ha tratto le mosse) a protezione della legalità e, quindi, in funzione dell'*effet utile* delle norme UE. Questo, però, a valere solo con riguardo agli atti comunitari di amministrazione diretta<sup>[73]</sup>. E ben sappiamo che non è esigibile alcuna simmetria tra ciò che la Corte di giustizia si attende dalle istituzioni comunitarie (amministrazione diretta) e quanto invece esige dalle amministrazioni nazionali quanto all'esercizio di una pubblica funzione definita da una norma UE (amministrazione indiretta)<sup>[74]</sup>. Sicché, la questione va indagata anche sotto questo differente profilo, senza azzardare inammissibili commistioni.

#### **4. Segue: con riguardo ai provvedimenti delle amministrazioni nazionali in esecuzione di atti normativi dell'Unione europea (l'amministrazione comunitaria indiretta e la coamministrazione)**

Nella sentenza *Alcan*<sup>[75]</sup>, la Corte di giustizia fu richiesta dal *Bundesverwaltungsgericht* tedesco di stabilire se le norme comunitarie prevedessero un «obbligo delle autorità nazionali di recuperare un aiuto di Stato illegittimo in presenza di difficoltà derivanti da una normativa nazionale che tutela il beneficiario dell'aiuto». In particolare, si opponeva all'obbligo di ripetizione dell'aiuto di Stato, l'art. 48 del *Verwaltungsverfahrensgesetz* (la legge tedesca sul procedimento amministrativo), a mente della quale, «*Qualora l'autorità amministrativa è a conoscenza di circostanze che giustificano la revoca di un atto amministrativo invalido, la revoca deve avvenire entro un anno dal momento in cui tali circostanze sono venute a conoscenza della amministrazione*». Nella vicenda in contenzioso, infatti, l'atto di autotutela era intervenuto oltre l'anno concesso dalla norma per l'esercizio della facoltà di ritiro dell'atto illegittimo da parte della P.A. Vi era, dunque, da stabilire se la disposizione nazionale rendesse praticamente impossibile l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme dei Trattati in tema di aiuti di Stato e dovesse perciò essere disapplicata, secondo i principi della sentenza *Rewe*<sup>[76]</sup> (di equivalenza ed effettività) chiamati a conformare l'autonomia procedurale nella logica della sua

funzionalizzazione all'*effet utile*. Ebbene, sulla base di queste premesse, la Corte di giustizia ha affermato che, «*sebbene non contrasti con l'ordinamento giuridico comunitario una legislazione nazionale che garantisce la tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto in materia di ripetizione, si deve tuttavia rilevare che, tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. [108 TFUE], le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata*».

Con ciò è fatta salva l'autonomia procedurale degli Stati membri, giacché la Corte di giustizia dà una risposta coerente all'esigenza di garantire l'*effet utile* delle norme UE sugli aiuti di Stato con il rispetto della norma nazionale, che viene solo interpretata in modo soddisfacente di quella superiore esigenza (non è in buona fede chi ignora norme di chiara evidenza interpretativa). Questo nell'enfasi dell'obbligo di interpretazione conforme. La vera questione era tuttavia quella posta dal superamento del termine annuale per l'esercizio della potestà di autotutela (termine che nella vicenda in contenzioso era stato superato), non potendosi, in questo caso, conciliare il precetto della norma nazionale con l'*effet utile* della norma UE. Ma qui la Corte di giustizia è riuscita a far quadrare il cerchio, sia pure con una certa disinvoltura nella definizione della fattispecie. Essa, invero, ha suggerito un'interpretazione della norma nazionale (che, in realtà, è prerogativa esclusiva del giudice nazionale) suscettibile di renderla compatibile con l'ineludibile necessità di recuperare l'aiuto di Stato, nel senso cioè di intendere il termine annuale come strumentale alla tutela del soggetto che si trovi in una situazione di legittimo affidamento («*il principio della certezza del diritto impone che si metta fine a questa incertezza allo scadere di un determinato termine*»), così da escluderne l'operatività nel caso in cui, invece, la Commissione si sia pronunciata (con provvedimento inoppugnabile) sulla illegalità dell'aiuto di Stato concesso e lo Stato inadempiente sia rimasto nondimeno inerte, omettendo di dare esecuzione (com'era invece obbligato) al provvedimento della Commissione che disponeva il recupero degli importi indebitamente versati. All'esito di questa dilatazione del principio di interpretazione conforme, la Corte

di giustizia ha quindi concluso che «*l'autorità nazionale competente è tenuta, in forza del diritto comunitario, a revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva con cui la Commissione dichiara l'incompatibilità dell'aiuto e ne ordina il recupero, anche quando abbia lasciato scadere il termine a tal fine previsto dal diritto nazionale a tutela della certezza del diritto*»<sup>[77]</sup>.

Nella sentenza *Alcan*, dunque, l'obbligo di disapplicazione della norma nazionale sugli atti di autotutela in contrasto con le norme e i principi UE (primo tra tutti quello dell'effetto utile dell'effetto diretto) resta sullo sfondo: quale mera ipotesi di intervento, nel caso in cui il giudice nazionale non aderisse all'interpretazione conforme già delineata (sia pure con una certa forzatura del suo ruolo, che sarebbe di interprete della sola norma UE) dalla Corte di giustizia<sup>[78]</sup>. E, in effetti, la società Alcan ha poi proposto un giudizio di legittimità costituzionale, ritenendo violati dalla sentenza della Corte di giustizia i suoi diritti fondamentali<sup>[79]</sup>, ma il *Bundesverfassungsgericht* ha escluso che vi fosse stata una violazione del principio del legittimo affidamento e di certezza del diritto, essendo stati correttamente comparati gli interessi confliggenti (certezza del diritto/legalità) dandosi priorità al ripristino della legalità comunitaria. Ma ha, pure, affermato che ciò giustificava la disapplicazione dell'art. 48 *Verwaltungsverfahrensgesetz*, sia pure a valere non quale regola di generale applicazione bensì a tutela della competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato, in virtù di quanto ora disposto dall'art. 108, paragrafo 2, TFUE, così escludendo che si potesse giungere al medesimo risultato attraverso l'interpretazione conforme<sup>[80]</sup>, come invece suggerito dalla Corte di giustizia.

Nella sentenza *Delena Wells*<sup>[81]</sup>, la *High Court of Justice* ha chiesto alla Corte di giustizia se vi fosse l'obbligo di provvedere in autotutela sul rilascio di una concessione mineraria per lo sfruttamento di una cava senza che fosse stata effettuata la valutazione di impatto ambientale conformemente alla disciplina comunitaria. Qui, la risposta del giudice comunitario è stata più rispettosa del principio di autonomia procedurale (anche nel senso di lasciare al giudice nazionale la piena latitudine interpretativa della norma di diritto interno)<sup>[82]</sup>. Questa, invero, è stata la statuizione della Corte di giustizia: «*le autorità competenti hanno l'obbligo di adottare, nell'ambito delle proprie attribuzioni, tutti i provvedimenti, generali o particolari, atti a rimediare alla mancata valutazione*

*dell'impatto ambientale di un progetto [ma] Le modalità processuali applicabili in tale contesto rientrano nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro in forza dell'autonomia procedurale degli Stati membri [sicché] spetta al giudice nazionale accertare se il diritto interno preveda la possibilità di revocare o di sospendere un'autorizzazione già rilasciata al fine di sottoporre il detto progetto ad una valutazione dell'impatto ambientale».* L'atto di autotutela è, dunque, definito come discrezionale, anche a protezione di una situazione giuridica soggettiva definita da una norma UE. Si tratta, però, di una discrezionalità conformata (funzionalmente orientata) all'*effet utile*, nel senso che la Corte di giustizia richiama a risolvere l'inevitabile tensione tra legalità e certezza del diritto il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa (nel riferimento a «*tutti i provvedimenti necessari*» richiesti alle autorità competenti di uno Stato membro)<sup>[83]</sup>, piuttosto che un indefinitivo criterio di equità. Il riferimento è chiaramente alla seconda delle tre valutazioni (idoneità, necessità, adeguatezza) attraverso cui si realizza il giudizio di proporzionalità di una scelta amministrativa. Qui, il vaglio di proporzionalità si atteggia, tuttavia, in una particolare prospettiva: non è inteso (*more solito*) a consentire una scelta discrezionale in pregiudizio del privato che discende da una autonoma sintesi degli interessi in gioco, bensì a rendere obbligatoria una azione (la revoca dell'atto illegittimo) che consegue direttamente come atto doveroso dal principio di legalità (l'*effet utile* della norma UE). La proporzionalità non è dunque, qui, intesa quale limite all'esercizio di una potestà discrezionale, bensì piuttosto quale presupposto dell'emanazione di un atto dovuto. Così che, a giustificare l'atto di autotutela (e a renderlo, anzi, doveroso) è sufficiente che la revoca sia l'unica misura idonea a garantire l'*effet utile* della norma UE (non ve ne sia dunque una meno gravosa per il beneficiario dell'atto) e sia altresì adeguata (cioè non eccessivamente gravoso rispetto al vantaggio perseguito). Senza che a tal fine sia necessario anche individuare un differente interesse pubblico a sorreggerla.

Nella sentenza *Kühne & Heitz*<sup>[84]</sup> il giudice olandese (*College van Beroep voor het bedrijfsleven*) ha chiesto alla Corte di giustizia se il principio di leale cooperazione (art. 4 TUE) imponesse a un organo amministrativo l'obbligo di provvedere in autotutela a eliminare un suo provvedimento inoppugnabile quando diviene evidente, in esito a una successiva pronuncia pregiudiziale del giudice comunitario, il suo contrasto con le norme UE. La Corte di giustizia ha,



anzitutto, precisato che *«la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. Il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo»*. Così che è categoricamente smentita la teorica della doverosità dell'atto di autotutela di un provvedimento in contrasto con la norma UE, che secondo taluno s'imporrebbe proprio in ragione della giurisprudenza della Corte di giustizia. Nondimeno, fatta questa premessa di carattere generale, la Corte di giustizia ha poi concluso che *«il principio di cooperazione derivante dall'art. [4 TUE] impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: (i) disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; (ii) la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; (iii) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste all'art. [267 TFUE], e (iv) l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza»*. Nell'apparente rispetto del principio di autonomia procedurale, la Corte di giustizia traduce, quindi, una mera facoltà in un obbligo di provvedere, sia pure nella ricorrenza di particolari circostanze. Ciò, tuttavia, sempre nel rispetto del principio di autonomia procedurale (*«qualora disponga, secondo il diritto, nazionale del potere di ritornare su tale decisione»*), sia pure funzionalizzata all'*effet utile* attraverso la codificazione di un invasivo obbligo di interpretazione conforme. In questo caso, tuttavia, vi era da preservare l'*effet utile* dell'art. 267 TFUE (piuttosto che della norma UE di diritto sostanziale), e, dunque, la trasformazione della facoltà di autotutela in un obbligo di autotutela era senz'altro necessaria al corretto funzionamento del meccanismo da cui dipende la definizione dell'Unione europea quale comunità di diritto. E, comunque, con riferimento a un

provvedimento sfavorevole (rispetto al quale non vi era, dunque, da considerare un legittimo affidamento antagonista al ripristino della legalità violata). Sicché, non se ne può derivare che l'atto di autotutela sia sempre doveroso ogniqualvolta sia stata violata una norma UE, bensì che lo fosse in quella particolare circostanza (caratterizzata dal fatto che il privato leso si era attivamente adoperato per far valere il suo diritto, così come riconosciuto dal diritto comunitario), giacché l'ingiustizia, nella particolare vicenda, era "semplicemente insopportabile". Come sarà poi chiarito dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza *i-21*<sup>[85]</sup>.

### **5. L'autotutela funzionalizzata all'effeto utile della norma UE (l'annullamento d'ufficio a discrezionalità orientata)**

Le tre citate sentenze *Alcan*<sup>[86]</sup>, *Delena Wells*<sup>[87]</sup> e *Kühne & Heitz*<sup>[88]</sup> non mettono direttamente in discussione il rapporto tra l'*effeto utile* della norma UE e il principio di autonomia procedurale degli Stati membri che esse invero rispettano<sup>[89]</sup>, bensì risolvono - quantunque forzando l'obbligo di interpretazione conforme - il problema (che è anche e soprattutto di coerenza interna tra principi e norme di diritto UE) della ineliminabile tensione tra effettività della norma e certezza del diritto<sup>[90]</sup>. Come bene evidenziato dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni nella causa *i-21*<sup>[91]</sup>, in questi casi, «*La Corte deve ... soppesare gli imperativi della certezza del diritto e della legalità comunitaria per valutare se il primo rappresenti sempre una barriera insuperabile o se in alcune circostanze debba soggiacere al secondo*». È, invero, innegabile che il principio della «*invulnerabilità degli atti definitivi, anche irregolari, assurge allora a regola generale giacché nessun sistema tollera che la validità dei rapporti giuridici sia discussa all'infinito*», nondimeno vi è altresì da considerare che «*il suddetto principio può diventare un ostacolo per l'uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario*».

Sono, dunque, proprio le norme e i principi UE a escludere che si possa caratterizzare come doveroso l'atto di autotutela<sup>[92]</sup>, potendo l'organo amministrativo revocare un proprio atto inoppugnabile solo quando ciò risulti necessario al perseguimento dell'*effeto utile* di una norma UE, all'esito di una valutazione degli interessi coinvolti nel caso concreto secondo l'accorto utilizzo del canone di proporzionalità (idoneità, necessità, adeguatezza). Donde, è da

escludere che si possa applicare agli atti di amministrazione comunitaria indiretta e di coamministrazione l'affermazione della Corte costituzionale nel senso che «*in via di principio, il momento discrezionale della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale*»<sup>[93]</sup>. Invero, non solo la giurisprudenza della Corte di giustizia non impone alle autorità amministrative nazionali la rimozione d'ufficio degli atti amministrativi viziati per contrasto alle norme UE, ma nemmeno lo consente<sup>[94]</sup>. E, comunque, l'affermazione è criticabile anche in una prospettiva nazionale, giacché la discrezionale è funzionale alla tutela dell'affidamento e alla certezza del diritto, che sono indubbiamente valori di rilevanza costituzionale<sup>[95]</sup>.

Quindi, non è sotto questo profilo (la discrezionalità dell'atto di autotutela) che si ha uno scarto tra diritto nazionale (rettamente inteso) e diritto comunitario.

Il diritto UE non è tuttavia neutro rispetto all'esercizio della potestà di autotutela su atti coinvolgenti situazioni giuridiche di rilevanza comunitaria. Esso impone, infatti, che la discrezionalità sia qui funzionalizzata primariamente al perseguimento di due fondamentali obiettivi (la legalità comunitaria e la certezza del diritto), dovendosi, in questa prospettiva, tutti gli altri interessi coinvolti nell'esercizio della potestà di autotutela spostare in secondo piano. Sicché, la funzionalizzazione dell'autotutela decisoria all'*effet utile* della norma UE, quale inevitabile conseguenza dell'obbligo di leale cooperazione (inteso come obbligo di interpretazione conforme), pur nel rispetto di come l'istituto è definito dalla norma nazionale (l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990) in aderenza a secolare tradizione dogmatica e giurisprudenziale, cambia tuttavia l'intima essenza dell'istituto. Invero, non è più sostenibile che l'autotutela sia esercitata nell'interesse principale della P.A.<sup>[96]</sup>. Donde, è da rimettere in discussione, probabilmente, anche la conseguenza che Benvenuti traeva da quel suo postulato: l'esercizio, per sua natura, parziale (nell'interesse dell'autore) di quella potestà. A distinguere, così, l'autotutela decisoria dalla «*tutela giurisdizionale [che] è sempre, per definizione, imparziale, neutra o di terzo*»<sup>[97]</sup>. Così che si amplifica la dimensione giustiziale dell'autotutela decisoria<sup>[98]</sup>, che, nel «*nuovo paradigma*» normativo<sup>[99]</sup> perde indubitabilmente la sua connotazione di privilegio della P.A., divenendo invece strumento per affermare della legalità, che è, al contempo, tutela della certezza del diritto e del legittimo affidamento. E, invero, la sintesi (secondo il principio di proporzionalità) di quei contrapposti interessi serve solo

a corroborare il giudizio di prevalenza del principio di legalità (che sollecita l'annullamento del provvedimento illegittimo) rispetto a quello di certezza del diritto (che induce, di contro, alla conservazione degli effetti del provvedimento, quantunque in violazione della legalità comunitaria e, dunque, in violazione altresì del fondamentale principio di uniforme applicazione delle norme UE)<sup>[100]</sup>. L'interesse pubblico può valere (se comparativamente superiore) a vincere l'affidamento incolpevole del destinatario dell'atto illegittimo, per consentire il ripristino della legalità a detrimento del principio di certezza del diritto. Non pare (quantomeno nell'obbligo di interpretazione conforme della norma nazionale all'*effet utile* delle norme UE), invece, che quell'interesse pubblico possa essere brandito dalla P.A. a giustificazione del mantenimento in essere di un provvedimento illegittimo, sol perché utile alla collettività, ancorché (illegittimamente) in pregiudizio di un privato che ne soffra le negative conseguenze all'interno della sua sfera giuridica (quantunque a vantaggio di un indistinto numero di persone nel cui interesse l'ente pubblico agisca)<sup>[101]</sup>. Quindi, la funzionalizzazione della potestà di autotutela (per come definita dalla norma nazionale) all'*effet utile* della norma UE costringe a scartare quelle teoriche che, invece, nell'esegesi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, giungono ad affermare finanche la «*sostanziale emarginazione dell'interesse al ripristino della legalità*»<sup>[102]</sup>, perché altri sarebbero gli interessi prevalenti che condizionerebbero l'esito della valutazione discrezionale che presiede all'esercizio dell'autotutela decisoria.

Di più, la prospettiva comunitaria induce ad abbandonare la configurazione del legittimo affidamento in senso oggettivo (com'è inteso da tradizionale orientamento giurisprudenziale)<sup>[103]</sup> con la conseguente irrilevanza della buona fede del destinatario del provvedimento, perché diviene, invece, qui centrale la situazione soggettiva del destinatario del provvedimento illegale, che può contrastare l'*effet utile* della norma UE solo se sia caratterizzata come di affidamento incolpevole<sup>[104]</sup>. In tanto l'affidamento rileva (e giustifica la violazione della norma comunitaria), in quanto consegua all'incolpevole ignoranza dell'illegittimità del provvedimento da parte del suo destinatario; dovendo in ogni altro caso (di consapevolezza del destinatario del provvedimento della situazione di illegalità) prevalere senz'altro l'*effet utile*, a rendere doveroso (o, se si preferisce, vincolato) l'annullamento d'ufficio.

La diversa prospettiva è, dunque, in effetti rivoluzionaria<sup>[105]</sup>, ma senz'altro rispettosa della lettera del disposto dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, che va però riletto (obbligo di interpretazione conforme) secondo i principi *Rewe* (di effettività e di equivalenza)<sup>[106]</sup> che consentono il pieno dispiegarsi dell'*effet utile* della norma UE nel rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

## 6. L'annullamento d'ufficio nella giurisprudenza nazionale

In alcune occasioni, il Consiglio di Stato si è persino spinto ad affermare che *«l'eliminazione del contrasto normativo (disapplicazione) e le connesse conseguenze amministrative costituiscono adempimento di un obbligo internazionale dello Stato la cui legittimità è stata ampiamente riconosciuta e di fronte al quale non può non recedere ogni altro interesse pubblico o privato»*<sup>[107]</sup>. Da ciò ne ha derivato che, *«in presenza di una illegittimità derivante dalla violazione di norme comunitarie, il concreto ed attuale interesse pubblico al ritiro dell'atto amministrativo è da considerarsi non solo in re ipsa, ma anche prevalente su altri interessi privati militanti a favore della conservazione dell'atto»*<sup>[108]</sup>.

Quella deriva (che pretendeva di essere in chiave) comunitaria<sup>[109]</sup> è stata giustamente abbandonata dal più recente orientamento del Consiglio di Stato. Invero, l'affermazione della prevalenza (in ogni caso e a prescindere da tutto) del principio di legalità comunitaria *«su altri interessi privati militanti a favore della conservazione dell'atto»* equivarrebbe a violare un principio fondamentale UE (la certezza del diritto, da cui deriva la tutela del legittimo affidamento) per l'affermazione del precetto di una norma europea di diritto derivato (che l'atto d'annullare avrebbe violato). Il che non è ovviamente ammissibile (e, certo, non è l'inevitabile conseguenza del principio del primato della norma UE, né dall'effetto utile dell'effetto diretto di quella medesima norma)<sup>[110]</sup>.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è ora attestata sull'affermazione che *«un provvedimento amministrativo ... il cui contenuto sia in contrasto con norme o principi comunitari, non possa essere disapplicato dall'amministrazione, sic et simpliciter, ma debba essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui la stessa amministrazione dispone [e] L'esercizio di tali poteri, peraltro, deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di*

*preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dalla osservanza delle garanzie che l'ordinamento appresta per i soggetti incisi dall'atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento»<sup>[111]</sup>.*

E in questo modo il Consiglio di Stato si è riportato nel solco dei (cogenti) principi UE che conformano l'esercizio dell'annullamento d'ufficio sugli atti di amministrazione europea indiretta o di coamministrazione<sup>[112]</sup>.

## **7. Conclusioni**

La giurisprudenza della Corte di giustizia non induce a tradurre in un obbligo la facoltà della P.A. di annullare i propri atti illegittimi a tutela di situazioni giuridiche soggettive definite anche attraverso una norma UE, ancorché ciò sia utile a ripristinare la legalità comunitaria, essendo, semmai, il problema al contrario: di giustificare interventi in autotutela in pregiudizio di un principio fondamentale (anche) dell'ordinamento europeo: quello della certezza del diritto (e del collegato principio della tutela del legittimo affidamento). Donde, è da escludere che l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE (la tutela della legalità comunitaria) conduca a definire la potestà di autotutela come doverosa, essendo, anzi l'annullamento d'ufficio compatibile con i principi dell'ordinamento europeo solo a condizione che l'esercizio di quel potere sia assolutamente discrezionale<sup>[113]</sup>, dovendosi, appunto, valutare, nel rigoroso rispetto del principio di proporzionalità (idoneità, necessità e adeguatezza), se le esigenze di uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario siano prevalenti rispetto all'esigenza di evitare che la validità dei rapporti giuridici sia discussa all'infinito, a presidio dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento<sup>[114]</sup>. Dunque, un problema di bilanciamento di opposte esigenze (la legalità comunitaria, da un lato, la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento, dall'altro)<sup>[115]</sup>, che non può essere risolto *ex ante* con una scelta predeterminata (la codificazione di un obbligo di autotutela), bensì attraverso un giudizio *ex post* che abbia a valorizzare quella inevitabile tensione tra antitetici principi, in ragione degli interessi coinvolti nel caso concreto, in una

sintesi (basata sul principio di proporzionalità) che è inevitabilmente di carattere discrezionale.

Non vi è, perciò, contrasto tra la conformazione discrezionale dell'atto di autotutela e l'*effet utile* della norma UE (giacché l'effettività è a presidio anche dei principi UE e tra essi, appunto, quello di certezza del diritto).

Semmai, il problema si pone con riguardo: (i) all'esistenza di un obbligo di procedere al riesame del provvedimento su istanza di parte; (ii) sulla graduazione discrezionale degli effetti nel tempo dell'atto di annullamento<sup>[116]</sup>; (iii) sulla funzionalizzazione della potestà di autotutela alla legalità comunitaria; (iv) sulla possibilità di configurare una res giudicata amministrativa (una «*materielle Rechtskraft*»), di per sé ostativa all'atto di annullamento d'ufficio, con il decorso di un termine stabilito che renda intangibile la situazione di vantaggio del privato quantunque *contra legem*.

Sull'obbligo di procedere, la Corte di giustizia, nella sentenza *Kühne & Heitz*<sup>[117]</sup>, è tranciante: «*l'organo amministrativo è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. [4 TUE], a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario frattanto accolta dalla Corte. Il detto organo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione*». Sicché, l'atto di autotutela è discrezionale (nella comparazione degli interessi coinvolti) ma l'avvio del procedimento è doveroso<sup>[118]</sup>. Ciò, tuttavia, sempreché il soggetto che lo richieda si sia attivamente (ma infruttuosamente) adoperato in sede giudiziaria per evitare il consolidarsi degli effetti del provvedimento illegittimo. Donde, l'impossibilità per il privato di coercire la P.A. alla revisione di un provvedimento che avrebbe (ma non ha) tempestivamente impugnato. Vi è, dunque, da registrare un sostanziale scollamento tra l'insegnamento della Corte di giustizia (al quale consegue il valore normativo della sua statuizione con la forza del primato) e la giurisprudenza nazionale, che, quantomeno nell'orientamento prevalente, è invece nel senso che non vi sia un obbligo di provvedere, nemmeno nella sua minore latitudine dell'obbligo di avviare il procedimento per poi concluderlo all'esito di una valutazione ampiamente discrezionale. Ma già si è scritto che l'obbligo di procedere sembra, piuttosto, imporsi già in ragione dell'interpretazione della norma costituzionalmente orientata. E, comunque, è una delle sue possibili

interpretazioni. Sicché, la disarmonia è da risolversi attraverso l'interpretazione conforme (alla Costituzione e ai principi UE).

Quanto all'efficacia nel tempo dell'atto di annullamento, l'opinione prevalente della dottrina e della giurisprudenza nazionali sono nel senso che la retroattività degli effetti dell'annullamento d'ufficio sarebbe a esso connaturata, con la sola eccezione dell'impossibilità di eliminare gli effetti irreversibili, secondo il principio *factum infectum fieri nequit*<sup>[119]</sup>. Non vi sono, però, obiettivamente ragioni di carattere dogmatico a escludere l'efficacia *ex nunc* dell'atto di annullamento<sup>[120]</sup>, ma anzi vi sono concorrenti argomenti ritraibili anche dal diritto comparato a indurci a superare questo apparente dogma<sup>[121]</sup>. Invero, nel diritto tedesco, il § 48, comma 1, alinea 1, VwVfG prevede che «*Un atto amministrativo illegittimo può essere ritirato, totalmente o parzialmente, con efficacia ex nunc o ex tunc, anche dopo che sia divenuto inoppugnabile*»<sup>[122]</sup>. E così è anche nel codice ReNEUAL (che come si è dinanzi scritto è la ricognizione dei principi esistenti nell'ordinamento comunitario e in quelli degli Stati membri), che prevede la necessaria retroattività solo per gli atti pregiudizievoli<sup>[123]</sup>, mentre con riguardo a quelli attributivi di vantaggi, opportunamente, prevede che la pubblica autorità debba valutare il legittimo affidamento del privato e in ragione di ciò, non solo decidere se annullare l'atto, ma altresì di stabilire se l'annullamento abbia effetti retroattivi o solo *ex tunc*.

Quanto alla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio alla legalità comunitaria, la giurisprudenza nazionale semplicemente ignora la necessità di ribaltare la prospettiva (la proporzionalità a rendere doveroso anziché a consentire l'atto di autotutela). Piuttosto, i nostri giudici s'interrogano (prevalentemente giungendo, correttamente, a escluderlo) se l'esigenza di tutela di una situazione giuridica soggettiva definita da una norma UE sia di tale rilevanza da configurare come doveroso l'atto di annullamento d'ufficio di un provvedimento violativo del diritto comunitario. Ma, attraverso questi (inopportuni) slanci in avanti si ha, quindi, in realtà un arretramento rispetto all'obbligo di conformazione della norma interna (l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990) alle norme (prima tra tutte, l'art. 4 TUE sull'obbligo di leale cooperazione) e ai principi del diritto UE (in primo luogo, quello di effettività della norma comunitaria).

Quanto, infine, al termine massimo entro il quale esercitare l'atto di autotutela,



l'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 (come novellato dall'art. 6 della legge n. 124/2015) non consente altra via che la sua disapplicazione, perché pare difficilmente compatibile con la funzionalizzazione dell'atto di autotutela all'*effet utile* la previsione di un ostacolo alla uniforme applicazione della norma UE che non si giustifichi (all'esito di una valutazione comparata, informata al principio di proporzionalità) in ragione della tutela di un legittimo affidamento.

Nella prospettiva comunitaria, così come è inammissibile un interesse pubblico (*in re ipsa*) per definizione poziore all'antagonista interesse privato tale da imporre come doveroso l'atto di autotutela a prescindere dalla legittima aspettativa che in tal modo viene delusa; del pari è da escludere che vi sia una legittima aspettativa del privato (tutelata dal principio di certezza del diritto) che, a prescindere da tutto, sia prevalente rispetto all'interesse pubblico, in modo tale da erigersi quale invalicabile limite all'atto di autotutela. In altre parole, nel rispetto dei principi (dell'*effet utile*, del legittimo affidamento e della certezza del diritto) non è consentito al legislatore nazionale configurare l'atto di autotutela né come doveroso né come vietato, sulla base di astratte considerazioni *ex ante*, anziché in ragione dei concreti interessi emergenti nella vicenda concreta, da valutarsi *ex post* ineludibilmente attraverso un giudizio discrezionale improntato al principio di proporzionalità. È proprio la prospettiva comunitaria a configurare inevitabilmente l'atto di autotutela come provvedimento discrezionale (funzionalmente orientato alla tutela della legalità comunitaria), e ciò anche nel suo profilo temporale. L'annullamento d'ufficio può essere rifiutato, nella ricorrenza di un atto amministrativo in contrasto con la norma UE, quando l'interesse del privato alla conservazione del provvedimento (come garantito dalla tutela del legittimo affidamento) prevalga, nella valutazione comparativa, sull'interesse pubblico alla tutela della legalità comunitaria. Ciò che sarà necessario fare, ogniquale volta la limitazione temporale degli effetti dell'atto di ritiro (efficacia *ex tunc* dell'annullamento) non sia di per sé sufficiente a rendere il provvedimento di ritiro idoneo, necessario e adeguato (in altre parole, giuridicamente proporzionato) al perseguimento dell'interesse pubblico.

Così che, fermo restando il suo carattere discrezionale, sono radicalmente modificate le caratteristiche dell'atto di autotutela decisoria così come definito dalla tradizione, che diviene nella nuova prospettiva comunitaria: (i) di necessaria attivazione procedimentale (e, quindi, tutelabile anche con il ricorso sul silenzio)

quantomeno ogniqualvolta il soggetto leso si sia diligentemente attivato a tutela dei propri diritti conformemente ai canoni di condotta definiti nella sentenza *Kühne & Heitz*<sup>[124]</sup>, in modo da funzionalizzare l'annullamento d'ufficio alla riparazione di una lesione dell'effettività dei mezzi di tutela del singolo<sup>[125]</sup> e dunque a completamento del sistema di giustizia comunitario; (ii) teleologicamente orientato alla tutela della legalità comunitaria (con esclusione di ogni rilevanza di un interesse pubblico antagonista alla norma UE); (iii) condizionato nel suo esito alla valutazione comparativa (in base al principio di proporzionalità) dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto con l'interesse privato alla sua conservazione sulla base di un legittimo affidamento, da valutarsi in ragione di un canone di buona fede nella sua dimensione sia oggettiva (la violazione dell'obbligo di non contraddizione) sia soggettiva (la tutela di chi abbia incolpevolmente confidato n.

In altre parole, l'annullamento d'ufficio, nella prospettiva comunitaria è funzionale all'effettività della norma e della tutela giurisdizionale, in coerenza (e a completamento) della funzione assegnata alla «*Corte di giustizia dell'Unione europea*» (per tale intendendosi il plesso dei giudici comunitari) dall'art. 19 TUE di assicurare, appunto, il «*rispetto del diritto*» e la «*tutela giurisdizionale effettiva*». Nel senso, cioè, che, ogniqualvolta il sistema di giustizia europeo (esteso anche al giudice comunitario di diritto comune) nel suo complesso fallisca quei suoi obiettivi, vi soccorre (vi deve soccorrere, salvo che la certezza del diritto e la tutela di un affidamento legittimo vi si oppongano) la P.A. con l'esercizio della sua potestà di autotutela, che, dunque, perde i suoi originari caratteri di privilegio<sup>[126]</sup> divenendo a tutto tondo funzione. Ma ciò sempre nell'immanenza di una ineludibile qualificazione soggettiva della tutela giurisdizionale (e dell'annullamento d'ufficio che si voglia leggere a completamento di quella tutela in chiave alternativa alla giurisdizione), che, in effetti, solo in larga approssimazione è confacente alle esigenze dell'*effet utile* (la tutela della legalità obiettiva). Così che è sempre, anche in questo caso, risolutivo il principio ritraibile dalla sentenza *Van Gend en Loos*<sup>[127]</sup>, nel senso che «*La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli [258 e 259 TFUE] affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri*». Donde, anche qui (con riferimento alla funzionalizzazione dell'autotutela decisoria all'effetto utile dell'effetto diretto

della norma UE) è fondamentale che il soggetto leso dall'attività illegittima della P.A. si attivi diligentemente a tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive definite dalla norma UE, in conformità, appunto, ai principi ritraibili dalla sentenza *Kühne & Heitz*<sup>[128]</sup>. Diversamente, anche l'ordinamento comunitario è costretto ad ammettere vuoti di effettività delle proprie norme, a garanzia tuttavia di un principio UE: la certezza del diritto (anche quando quella certezza va a detrimento della legalità).

1. L'istituto trova, ancora oggi, la più compiuta sistemazione in F. Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, pagg. 537 ss. Più di recente, in termini generali, si vedano, tra gli altri, F. Francario, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, II, pag. 107 ss., R. Chiappa, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2008, pag. 910 ss., A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016. Per un'analisi di diritto comparato, vi rinvia a A. Cassatella, *L'annullamento d'ufficio. Modelli di comparazione*, in *Dir. e form.*, 2004, pagg. 241 ss., D. Corletto (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007, G. Falcon e D. De Pretis (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011.
2. In argomento si è scritto molto. A. Ardito, *Autotutela, affidamento e concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 2008, pag. 631, afferma al proposito che «L'istituto dell'autotutela della pubblica amministrazione ha costituito negli anni un tema centrale costantemente "arato" dalla dottrina». Sul tema, hanno scritto, tra gli altri: F. Caringella, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pag. 425 ss., S. D'Ancona, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, pag. 537 ss., M. Del Signore, *Il ruolo della Pubblica Amministrazione nazionale ai fini dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, pag. 442 ss., P. De Luca, *Sull'obbligo di riesame delle decisioni amministrative contrarie al diritto comunitario*, in *www.giustamm.it*, D. De Pretis, *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pag. 723 ss., P. Ferrari, *Annullamento in autotutela di provvedimenti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2008, pag. 1286 ss.; D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, pag. 35 ss., D.U. Galetta, *I procedimenti di riesame*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa: saggi ordinati a sistema*, Napoli, 2006, pag. 393 ss.; R. Garofoli, *Concessione di lavori: discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio e vincoli comunitari*, in *Urb. App.*, 1998, pag. 1343 ss., G. Gattinara, *Il ruolo comunitario*

delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza *Kühne & Heitz*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2004, pag. 489 ss., R. Giovagnoli, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *www.giustamm.it*, F. Goisis, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, pagg. 439 ss., G. Greco, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pag. 514, G. Grüner, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività, da un lato, ed i principi di certezza di diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pag. 235 ss., N. Pignatelli, *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, in *Giur. Cost.*, 2008 pag. 3635 ss., L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, pag. 773 ss., S. Valaguzza, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pag. 1245 ss.

3. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001, pag. 94, rammenta che «Il potere di ritirare i propri atti viziati è nato come "privilegio" dell'amministrazione» e sostiene che «questa considerazione è sufficiente a escludere che il potere di annullamento sia un istituto dello Stato di diritto, nel senso che dal principio di legalità che regola l'azione amministrativa derivi per l'amministrazione anche l'obbligo di ripristinare la legalità violata». In questo senso, S. Romano, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, in *Nuovo dig. It.*, Torino, 1937, pag. 475, sosteneva che occorre valutare di volta in volta se l'annullamento «giovvi, nel caso concreto, agli interessi della pubblica amministrazione [perché] la pubblica amministrazione, nelle ipotesi di cui è in parola, non pronuncia l'annullamento per l'imparziale tutela del diritto oggettivo, ma solo se e quanto questa tutela sia un'esigenza della specifica funzione amministrativa che le è affidata». Così anche, F. Benvenuti, *Autotutela*, cit., che appunto sosteneva che i poteri di autotutela spontanea (escluse dunque le ipotesi in cui l'annullamento consegua ai controlli o ai ricorsi amministrativi) non tendono «alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato [bensì] a soddisfare un interesse concreto e immediato della amministrazione». Ma quello che è affermato in una prospettiva storica (statica) non è ostativo a una differente configurazione dell'istituto in una prospettiva dinamica (come esso si è evoluto negli anni). Del resto, V. Romanelli, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, Milano, 1939, sosteneva che il potere di annullamento si giustificava proprio in ragione di «quella norma fondamentale, derivante dalla nozione stessa di Stato giuridico, e che si sintetizza nel principio di legalità a cui deve informarsi la pubblica amministrazione, nell'interesse imprescindibile della sua azione amministrativa». Ciò già negli anni '30, quantunque esprimendo una posizione minoritaria in dottrina e senza influenza sulla giurisprudenza. Questo a evidenziare che non vi siano mai stati ostacoli d'ordine dogmatico alla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio alla tutela della legalità violata piuttosto che al perseguimento un generico interesse pubblico.

4. B.G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in *Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi, su Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Varenna, 2007, afferma che «l'autotutela costituis[ce] una forma di esercizio amministrativo di poteri giurisdizionali». Prima di lui, G. Coraggio, *Autotutela (diritto amministrativo)*, *Enc. giur. it.*, 1988.. aveva definito l'autotutela quale attività paragiurisdizionale, sostitutiva dell'attività del giudice. Anche in ambito civile si è affermato il carattere paragiurisdizionale dell'autotutela, inteso quale strumento volto alla «composizione della lite». Così E. Betti, *Autotutela, cit.*, pag. 529 ss.
5. F. Benvenuti, *Autotutela, cit.*, Id., *Disegno della amministrazione italiana*, Padova, 1996, pag. 276 ss. Si collocano in questa ricostruzione tradizionale E. Cannada Bartoli, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pagg. 544 e 545, F. Cammeo, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa, I, Ricorsi amministrativi e giurisdizione ordinaria*, Milano, 1911, pag. 450 ss.
6. Come spiegato da R. Chieppa, *Provvedimenti di secondo grado, cit.*, pag. 913, «la tesi della configurazione di un potere di amministrazione attiva mediante riesame risultava maggiormente conforme al principio di legalità dell'azione amministrativa ed ai principi di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi». In giurisprudenza (a contribuire a questa diversa prospettiva), è stata da tanti notata la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 11/11/1977, n. 997, ove si legge: «la revoca di ufficio di un provvedimento amministrativo costituisce l'atto finale di un procedimento in cui l'Amministrazione riesamina alla luce dei fatti sopravvenuti l'assetto dato in precedenza a determinati interessi, concludendo nel senso della necessità di una modifica: con essa l'Amministrazione non si "tutela" in senso tecnico, ma si limita a gestire l'interesse di cui è portatrice né più e né meno di come aveva fatto con l'atto originario». Per questa tesi, tra i tanti, M. Ali, *Annullamento d'ufficio, analogo procedimento e principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 1966, pagg. 152 ss., Id., *Osservazioni sull'annullamento di ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, pag. 527 ss., G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, G. Coraggio, *Autotutela*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988, pag. 5, A. Paparella, *Revoca (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, pagg. 204 ss., A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, pag. 74, G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, pag. 116 ss. F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, pag. 843 ss., G. Rossi, *Diritto amministrativo. I principi*, Milano, 2005, pagg. 370 ss., R. Villata, *L'atto amministrativo*, in *AA.VV. Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, II, pag. 869, R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, pag. 623.
7. Vi sono, peraltro, anche posizioni intermedie, nel senso, cioè, che l'annullamento d'ufficio sarebbe un provvedimento di amministrazione attiva, ma nel perseguimento di un interesse pubblico (alla legalità dell'azione amministrativa) differente da quello originariamente perseguito dalla P.A. In questo senso, M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, pag. 552, in una logica, per così dire, intermedia, sostiene che «La distinzione tra i procedimenti di secondo grado e i procedimenti che intervento in

*un rapporto amministrativo risiede dunque in questo: che i secondi sono estrinsecazione della stessa potestà dell'amministrazione in base alla quale è stato adottato l'atto costitutivo del rapporto: gli interessi pubblici che si tutelano e si valutano sono gli stessi, anche se con segni diversi (positivo-negativo e con diverse intensità e/o complessità. I primi sono invece manifestazioni di potestà generali che l'amministrazione possiede per dare ordine alla propria attività, ossia di potestà che non sono volte alla cura di questo o di quell'interesse pubblico positivo bensì alla cura di quell'interesse di ambito generale che l'amministrazione ha in ordine ad un corretto, ordinato e pertinente svolgimento della propria attività».* Questa è anche la teorica di E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento*, cit. pag. 484 ss., il quale ritiene che l'interesse pubblico perseguito con l'atto di annullamento ben possa essere «l'interesse alla legittimità», B.G. Mattarella, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, sostiene che «l'autotutela amministrativa è sempre stata uno strumento di affermazione della legge e, più in generale della legalità» (pag. 1) e afferma quindi «La duplice anima dell'autotutela amministrativa, volta all'affermazione del diritto ma anche al perseguimento di un interesse pubblico specifico» (pag. 7), così che «L'annullamento d'ufficio, dunque, rientra a pieno titolo nell'autotutela, perché unisce il profilo del ripristino della legalità violata a quello del perseguimento dell'interesse pubblico specifico, affidato alla cura dell'amministrazione». G. Miele, *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. comp. Cass.*, 1947, I, pag. 1133, afferma che l'annullamento d'ufficio è «funzione mista di amministrazione attiva e di controllo».

8. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, pag. 562, afferma al proposito degli atti di ritiro l'esistenza di una tensione tra legalità e giustizia individuale.
9. Si deve a F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, il definitivo superamento della tesi (risalente a E. Guicciardi, *Recensione a K.H. Schmidt, Treu und Glauben in Verwaltungsrecht*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, pagg. 561 ss.) della incompatibilità del principio con la logica del pubblico interesse.
10. Corte di giustizia, sentenza 3/5/1978, causa 112/77, *Töpfer*, ha statuito che il principio «il principio [del legittimo affidamento] è parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe ... "una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativo alla sua applicazione"», rilevante ai fini di un ricorso di annullamento ex art.263 TFUE. Al proposito della conformazione degli ordinamenti nazionali al principio del legittimo affidamento, si veda R. Caranta, *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela del legittimo affidamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 439 ss., F. Caringella, *Affidamento e autotutela*, cit., pag. 425, sostiene che «i sistemi europei coniano il legittimo affidamento, ovvero la legitimate expectation o ancora la confiance légitime (figlia o parente della sécurité juridique) alla stregua di categoria naturale del diritto non scritto».
11. D.U. Galetta, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, pag. 759, afferma che nella prassi concreta dei tribunali amministrativi tedeschi, «La tutela

*dell'affidamento rappresenta, cioè, la concretizzazione da una prospettiva di diritto soggettivo, del principio di certezza del diritto ed è posta a salvaguardia della pretesa del cittadino a mantenere od acquisire una situazione per lui favorevole».*

12. F. Merusi, *Buona fede*, cit., pag. 142 ss.
13. M. Nigro, *Questioni di giurisdizione*, cit., pag. 199, nella differente prospettiva del solo principio di legalità, sosteneva, a commento di una sentenza su di un provvedimento di annullamento d'ufficio di un'assegnazione illegittima, affermava: «*non vedo in che modo l'interesse del destinatario alla conservazione dell'unità poderale ... possa trovare tutela e acquistare giuridica configurazione per effetto delle norme che disciplinavano in funzione dell'interesse generale l'esercizio della potestà di annullamento*».
14. F. Benvenuti, *Autotutela*, cit.
15. L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili*, cit., pag. 778, sostiene che «*il primato è enunciato con una formula che riconnette automaticamente all'avverarsi di un presupposto (il contrasto tra una fonte comunitaria ed una fonte interna) il determinarsi di una precisa conseguenza (la disapplicazione della fonte interna in favore di quella comunitaria) [sicché] Una regola del genere può essere o meno applicata, ma non si presta ad essere temperata con principi generali del diritto*». Ciò che è vero, nel rapporto tra le fonti, ma che tuttavia non può essere esteso a disciplinare la sorte di un atto amministrativo in contrasto con la norma comunitaria, a rendere il principio del primato (quale specificazione del principio di effettività) non ponderabile con altri fondamentali principi comunitari, come quelli di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento.
16. F. Merusi, *Buona fede*, cit., pag. 97. È, invero a mio avviso, da escludere che la P.A. possa far valere un proprio interesse alla conservazione di un atto illegittimo, in pregiudizio del contrastante interesse del privato (cui quell'atto è rivolto) all'annullamento. Ciò salvo che il provvedimento nel restringere le facoltà di un privato abbia altresì ad ampliare quella di altri privati, emergendo altrimenti (alla presenza di un controinteressato), anche con riguardo ai provvedimenti sfavorevoli, un incolpevole affidamento da considerare nella valutazione comparativa del legittimo affidamento con l'obiettivo del ripristino della legalità.
17. Si è, tuttavia, sostenuto che tra gli interessi dei privati coinvolti nella vicenda su cui si interviene in autotutela dovrebbe, piuttosto, esse privilegiato quello del destinatario dell'atto da annullare e che ha tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo sulla cui stabilità ha fatto affidamento. Così G. Falcon, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, 2005, pag. 179. E, nella nostra prospettiva questa precisazione è senz'altro da condividere.
18. G. Della Cananea, D.U. Galetta, H.C.H. Hofmann, J.-P. Schneider, J. Ziller (a cura di) *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016, pag. 120, ove si legge (a commento degli artt. III-35 e III-36) che «*[il] ritiro di una decisione può essere in conflitto con la tutela del legittimo affidamento e il principio di certezza del diritto. La tutela del legittimo affidamento è un principio generale del diritto dell'UE accettato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Ciò vale soprattutto in*

*relazione a decisioni formali della Commissione. A questo proposito, la Corte di giustizia traccia una differenza tra decisioni legittime e illegittime e tra decisioni favorevoli o decisioni che conferiscono diritto o benefici analoghi, e decisioni sfavorevoli».*

19. Risoluzioni del Parlamento europeo 15/1/2013, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi (2012/2024 (INL)), e 9/6/2016, di proposta di regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente (2016/2610 (RSP)), ove, con riguardo al tema di interesse si legge (al considerando n. 37) che «*Il principio di legalità, in quanto corollario dello Stato di diritto, impone all'amministrazione dell'Unione l'obbligo di rettificare o revocare gli atti amministrativi illegittimi. Tuttavia, considerato che la rettifica o la revoca di un atto amministrativo potrebbe essere in contrasto con la tutela dell'affidamento e il principio della certezza del diritto, l'amministrazione dell'Unione dovrebbe valutare in modo accurato e imparziale gli effetti della rettifica o della revoca sulle altre parti e includere le conclusioni di tale valutazione nella motivazione della rettifica o della revoca*».
20. L'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 statuisce che l'annullamento d'ufficio può essere disposto «*sussistendone le ragioni di interesse pubblico ... e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*».
21. L'espressione è ambigua, perché talvolta è intesa quale obbligo di annullare l'atto illegittimo e altre volte come mero obbligo di procedere su istanza di un privato. In questo senso, G. Manfredi, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, pag. 385.
22. F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio, cit.*, che ricorda come, a rigore, ogni potere amministrativo sia doveroso, così che a ritenere diversamente che l'annullamento sia facoltativo bisognerebbe escludere la qualificazione dell'annullamento d'ufficio come atto di amministrazione attiva (come ella ritiene). Sulla doverosità dei poteri amministrativi, con rilievi di carattere generale, S. Tucillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.
23. G. Manfredi, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pag. 321, sostiene che «*sarebbe preferibile continuare a parlare di annullamento d'ufficio vincolato, o, magari, di annullamento obbligatorio, come lo definiva la dottrina meno recente*». A Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro. It.*, 2011, pag. 298, ritiene, invece, che sia improprio parlare di attività vincolata, giacché la casistica giurisprudenziale in tema di annullamento d'ufficio doveroso riguarda, invece, casi nei quali vi è pur sempre da valutare un interesse pubblico, sia pure non comparabile con altri interessi secondari da contemperare con esso, che nella specifica fattispecie non emergono.
24. S. Valaguzza, *La concretizzazione, cit.*, pag. 1245 ss., riferisce esaustivamente della casistica giurisprudenziale di annullamento doveroso.
25. C. Napolitano, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2016, pag. 1531 ss., sostiene che nelle «*ipotesi puntuali e oramai tipizzate dal*



*formante giurisprudenziale nelle quali, in realtà, i giudici ritengono l'interesse pubblico ... in re ipsa ... l'interesse pubblico all'annullamento non scompare, ma s'identifica con quello tutelato dalla norma violata».*

26. T.A.R. Lombardia -Brescia, Sez. II, sentenza 15/1/2013, n. 18. S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio, cit.*, pag. 83, sostiene che sia errato sostenere, al proposito, la doverosità dell'annullamento d'ufficio, dovendosi piuttosto ritenersi in tal modo assolta la valutazione discrezionale sottesa al *quomodo* (l'interesse pubblico è qui sicuramente prevalente rispetto a quello del privato) ma essendo sempre consentito alla P.A. di autonomamente (discrezionalmente) determinarsi sull'*an*, potendo comunque essa preferire la stabilità del provvedimento illegittimo nel perseguimento di un interesse collettivo, ancorché ciò consente a un soggetto in malafede di profittarne.
27. T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, sentenza 1/3/2011, n. 585. G. Barone, *Autotutela amministrativa, cit.*, pagg. 209 ss., sostiene che la situazione di affidamento prescinda dal trascorrere del tempo e che invece sorga nell'immediatezza dell'emanazione del provvedimento. Ed è senz'altro così, perché il fattore tempo non è certo elemento costitutivo di una *legitimate expectation*. Non vi è dubbio, però, che *«il passaggio del tempo è un fattore che rafforza e ispessisce la convinzione della spettanza del bene della vita»* (F. Caringella, *Affidamento e autotutela, cit.*, pag. 427) e, peraltro, *«il compimento di una parte significativa delle attività richieste dal provvedimento si rivela sintomatico di una fiducia riposta dal destinatario dell'atto nella stabilità del medesimo»* (A. Ardito, *Autotutela, cit.*, pag. 654. Sicché, il passaggio del tempo irrobustisce, indubitabilmente, il legittimo affidamento, sotto il profilo oggettivo e soggettivo.
28. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 7/11/2002, n. 6113.
29. S. Valaguzza, *La concretizzazione, cit.*, pag. 1260, sostiene al proposito che in simili casi *«il legittimo affidamento del privato nella prosecuzione del rapporto con il soggetto pubblico manca o è affievolito al punto tale da non avere rilevanza giuridica, almeno non nel contemperamento degli interessi»*. Altro è dirsi (G. Manfredi, in *Annullamento doveroso?*, *cit.*, pag. 392) che in questi casi *«l'interesse pubblico specifico ad annullare ... risulta talmente rilevante da prevalere sempre e comunque su tutti gli altri interessi coinvolti [ciò] che dunque rende superflua ogni forma di ponderazione»*. Se può, invero, convenirsi sul fatto che talvolta l'interesse alla conservazione dell'atto sia giuridicamente irrilevante com'è quando il destinatario dell'atto è in malafede), altro è invece affermare che vi siano ipotesi in cui la tutela del legittimo affidamento è destinata comunque a soccombere rispetto a un interesse pubblico talmente rilevante in astratto da essere insuscettibile di una comparazione in concreto con l'antagonista interesse del privato.
30. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 16/12/2008, n. 6234.
31. S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio, cit.*, pag. 98. Di contro, F. V. Virzi, *La doverosità del potere d'annullamento d'ufficio*, in *Federalismi.it*, 2018, pag. 24, sostiene che *«Gli indici normativi offerti dall'ordinamento giuridico, in definitiva, consentono di affermare che gli interessi pubblici alla tutela dell'ambiente, del paesaggio e del territorio, pur assumendo una certa preminenza all'interno del dettato costituzionale, della disciplina*

*generale sul procedimento e delle discipline settoriali, e pur potendo essere considerati, per tale ragione, come particolarmente sensibili, non possono essere per ciò solo ritenuti necessariamente prevalenti rispetto all'interesse privato contrapposto».*

32. Consiglio di Stato. Sez. VI, sentenza 4/9/2006, n. 5096.
33. Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, sentenza 17/10/2017, n. 7, che è di recente intervenuta in argomento a risolvere un contrasto giurisprudenziale con riguardo a una particolare fattispecie ove sono coinvolti i cennati interessi sensibili (l'annullamento di titoli edilizi), affermando che *«le generali categorie di annullamento ex officio di atti amministrativi illegittimi trovino applicazione (in assenza di indici normativi in senso contrario) anche nel caso di ritiro di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati, non potendosi postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico in re ipsa alla rimozione di tali atti»*, osservando che *«Una cosa è infatti la tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico rispetto agli altri interessi rilevanti; ben altra cosa è la radicale pretermissione, anche ai fini motivazionali, di tali ulteriori circostanze attraverso una loro innaturale espunzione dalla fattispecie»*
34. G. Manfredi, in *Annullamento doveroso?*, cit., pag. 392, sostiene che si tratta, semmai, di ipotesi di *«dequotazione della motivazione»*, che si può agevolmente spiegare col fatto che *«La pigrizia dei funzionari spesso faceva sì che le amministrazioni si limitassero a motivare solo in ordine alla sussistenza di un determinato interesse ad annullare, senza far cenno alle ragioni per cui esso prevale sugli altri interessi, e i giudici omettevano di censurare i vizi attinenti la motivazione formale perché ritenevano corretta la motivazione materiale, ossia perché ritenevano fondate le (supposte) ragioni effettive della decisione amministrativa»*.
35. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 2/11/2004, n. 7072, afferma che *«Costituisce un principio ormai consolidato quello secondo cui l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti che comportano l'illegittimo esborso di pubblico denaro non richiede una specifica valutazione sull'interesse pubblico, dal momento che la sua sussistenza si considera in re ipsa»*. In argomento, G. Barone, *L'autotutela a presidio del denaro pubblico. Consiglio per un uso ragionevole*, in *www.giustamm.it*, n. 8/2007. In questo senso, potrebbe altresì valorizzarsi il disposto dell'art. 52 del d.lgs. n.174/2016, a mente del quale *«Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione»*. Proprio in ragione della necessità di evitare inutili esborsi di danaro, si è ritenuta (Consiglio di Stato, Sez. VI, 18/4/1996 n. 447) la doverosità dell'annullamento d'ufficio di atti in contrasto con norme UE, con la spiegazione che, in simili casi, *«l'interesse pubblico, di elementare evidenza, consiste non già nella semplice restaurazione dell'ordinamento violato, ma nello scongiurare una condanna futura»*.
36. In questo senso, tra le tante, Cons. Stato, V, 22/3/2010, n. 167: *«l'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio dell'illegittimo inquadramento di un pubblico dipendente è in re ipsa e non richiede specifica motivazione, in quanto l'atto oggetto di autotutela produce un*

*danno per l'Amministrazione consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il dipendente, né in tali casi rileva il tempo trascorso dalla emanazione del provvedimento di recupero dell'indebito».*

37. Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 28/11/2011, n. 6278.
38. La disposizione è stata abrogata dall'art. 6, comma 2, della legge n. 124/2015.
39. In questo senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 27/7/2009, n. 5621, ove appunto si afferma: *«come reso evidente al termine può che precede la scelta di disporre dell'annullamento d'ufficio, [la legge n. 311/2004] non fa venire la natura ampiamente discrezionale di detta potestà che non può essere resa coercibile ad iniziativa del destinatario del provvedimento o di un terzo interessato».* F. Goisis, *L'annullamento d'ufficio, cit.*, pag. 450, afferma a commento di questa pronuncia che *«La giurisprudenza ha offerta della norma un'interpretazione tendenzialmente restrittiva, se non addirittura abrogatrice [ma] Tale lettura non convince. Al contrario, l'uso del termine "può" sembra semplicemente valere ad indicare l'attribuzione di un potere; il quale (e qui sta la novità) non è condizionato (secondo quanto invece normalmente avviene) al riscontro di un interesse pubblico diverso ed ulteriore rispetto a quello alla salvaguardia della legittimità, laddove l'Amministrazione sia esposta a oneri economici in ragione dell'illegittimità».*
40. In questo senso, il Ministero della Funzione pubblica con la direttiva 17/10/2005 aveva chiarito che *«la portata delle disposizioni contenute dal comma 136 dell'articolo 1 della legge n. 311/2004 può essere chiarita alla luce delle disposizioni della legge n. 15/2005 che hanno disciplinato in via generale [l'annullamento] d'ufficio».* Su di essa si rinvia a D.U. Galetta, *I procedimenti di riesame*, in V. Cerulli Irelli, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pag. 396 ss.
41. Il legislatore negli anni '90 aveva previsto un'ipotesi di autotutela vincolata. L'art. 6 della legge n. 127/1997 prevedeva, infatti, che *«Entro e non oltre tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge gli enti locali sono tenuti ad annullare i provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme dalle disposizioni del D.P.R. 25/6/1983 n. 347».* Si trattava, tuttavia, di fattispecie del tutto particolare, sicché la dottrina la definì *«autotutela impropria»* (F.G. Scoca, *Un'ipotesi di autotutela impropria*, in *Giur. cost.*, 2000, pag. 810 ss.)
42. C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1979, 426.
43. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, I, pag. 494 ss., V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006, pag. 498 s., R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo, cit.*, pag. 633.
44. G. Manfredi, *Doverosità dell'annullamento, cit.*, pag. 322.
45. C. Napolitano, *Riflessioni, cit.*, pag. 1531 ss. M. Macchia, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano 2012, pag. 361 ss., M. Sinisi, *La doverosità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, in *Foro Amm. - TAR*, 2007, pag. 3265 ss., G. Barone, *Autotutela amministrativa, cit.*, pag. 689 ss., sostiene che *«Ragionando diversamente avverrebbe che,*

dopo aver affermato la prevalenza della normativa comunitaria, ce ne si potrebbe discostare emanando atti amministrativi con questa contrastanti, che rimarrebbero in vita per proteggere "l'affidamento" o "salvaguardare le situazioni consolidate"».

46. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenze nn. 54/1996 e 918/1998. G. Massari, *L'atto amministrativo anticuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pag. 643, pag. 666 dà contezza della incertezza della giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla questione, «Basti pensare all'andamento altalenante del Consiglio di Stato nel corso di dieci anni, a partire dalla decisione del 1996, che riconosceva la doverosità dell'annullamento ex officio per anticomunitarietà dell'atto, fino ad arrivare a una sentenza del 2006, che categoricamente la negava, passando per altri due pronunciamenti di segno opposto tra loro».
47. G. Massari, *L'atto amministrativo anticuropeo*, cit., pag. 673.
48. C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa*, cit., pag. 118, pur aderendo alla teorica della doverosità dell'annullamento d'ufficio dell'atto anticomunitario, evidenzia, tuttavia, che questa conclusione «genera però una distonia difficilmente componibile. Infatti, per un verso afferma e consolida il primato di una legalità europea; trascura tuttavia, per l'altro, la rilevanza che lo stesso diritto europeo annette a un altro principio fondamentale, quello del legittimo affidamento».
49. Argomento questo sostenuto da F. Goisis, *L'annullamento d'ufficio*, cit., pag. 453, con riferimento all'analogo disposto dell'art. 16 bis della legge n.11/2005.
50. L'unica fattispecie di annullamento vincolato era quella prevista dall'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016, che appunto prevedeva che «Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara, invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni». In questo senso era stata intesa dalla gran parte della dottrina. Così, tra gli altri, da F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pag. 429. La norma (assai criticata) è però stata abrogata dalla novella del 2017.
51. G. Manfredi, *Doverosità dell'annullamento*, cit., pag. 323, sostiene che nella stragrande maggioranza di ipotesi di c.d. annullamento doveroso «sembrano scontare una certa dose di empirismo: leggendo le pronunzie ascrivibili ai relativi filoni giurisprudenziali pare intendersi che i giudici per lo più non hanno voluto affermare che in questi casi la pubblica amministrazione è senz'altro obbligata a procedere all'annullamento, ossia che il potere di annullamento è vincolato nell'an (beninteso in astratto), quanto piuttosto che qui si ravvisa un qualche interesse pubblico specifico ad annullare talmente rilevante da prevalere senz'altro sugli interessi dei privati».
52. A. Cassatella, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, nota a Trga Trento, I, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Foro amm. TAR*, 2010, pag. 824.
53. M. Monteduro, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. amm.*, 2010,

pag. 125, attribuisce al sintagma «*obbligo di provvedere*» tre differenti significati: (i) l'obbligo di procedere (di verificare cioè se vi siano i presupposti per avviare il procedimento e nel caso di avviarlo e proseguirlo); (ii) l'obbligo di rispondere (il diritto del cittadino all'emanazione di un provvedimento espresso a prescindere dal suo contenuto); (iii) l'obbligo di provvedere in senso stretto (il vincolo a carico della P.A. di concludere il procedimento con una decisione sostanziale sulla fondatezza della domanda).

54. G. Manfredi, *Annullamento doveroso*, cit., pag. 385, secondo il quale l'espressione annullamento doveroso «*non è del tutto priva di ambiguità, in particolare perché ... pare che con essa a volte si voglia intendere che la pubblica amministrazione è tenuta a procedere d'ufficio ad annullare i provvedimenti illegittimi, e altre volte invece che è obbligata a procedervi su domanda di un privato: per cui sembra che nel primo caso la doverosità venga considerata principalmente funzionale a esigenze di legalità obiettiva e/o del buon andamento dell'azione amministrativa, e nel secondo caso invece a esigenze di tutela degli interessi dei privati pregiudicati dal provvedimento*». Sicché, «*bisogna ... distinguere tra discrezionalità del provvedere e doverosità del provvedere*», (M. Del Signore, *Il ruolo della Pubblica Amministrazione*, cit., pag. 451). Si tratta di un distinguo su cui si è espressa anche la dottrina straniera, a evidenziare come sia un tratto connaturale all'approccio. F. Becker, *Application of community law by member states' public authorities: between autonomy and effectiveness*, in *CMLR* 2007, pag. 1039, precisa, infatti, che «*The authority has to reach two decisions. First, it has to decide whether the whole issue is to be revisited in the first place - notwithstanding that there is already a final administrative decision (albeit an illegal one). If this decision is affirmative, secondly, the authority then has to consider whether the original decision is to be revoked and may be replaced with a new one*», anche se poi conclude (in senso contrario a quanto qui sostenuto) che «*the mere finality per se of an existing decision is an important aspect and it is generally not a wrongful exercise of discretion if the authority reuse (in a first and last step) to re-open the case purely because there is a final decision in place*». Vi è però che anche in questa prospettiva è evidente che si pone una inevitabile tensione con il primato del diritto UE, giacché, «*At first glance, the supremacy of Community law seems to clash (at least indirectly) with domestic procedural law insofar as the concept of finality applies to administrative decisions that are illegal ... from a Community point of view*».
55. G. Manfredi, *Doverosità*, cit., pag. 316. In questo senso si sono espressi anche M. Renna, *Commento all'art. 2 della legge n. 241/1990*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, pag. 132 ss., e S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio*, cit., pag. 59. Questo trova conferma in quanto affermato, in termini generali, da F. Ledda, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, pag. 128, secondo cui «*la facoltà di scelta discrezionale ... non riguarda mai l'agere in se stesso (anche l'apprezzamento discrezionale è un'operazione dovuta) [giacché] se così non fosse, lo stesso scopo del riconoscimento di una facoltà di determinazione discrezionale verrebbe ad essere frustrato, poiché restando l'amministrazione inerte, verrebbe a mancare proprio quella valutazione di interessi cui questa facoltà è preordinata*». Sostiene, invece,

- che non vi sia obbligo di rispondere alle domande di annullamento presentate dai privati
- A. Contieri, *Il riesame, cit.*, pag. 41 ss. In una prospettiva, per vero, originale, M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, pag. 323, sostiene che «*il principio di risarcibilità dell'interesse legittimo per l'illegittimo esercizio del potere, obbliga ormai l'amministrazione, a fronte di una istanza di ritiro di un provvedimento da parte dell'interessato, a verificarne la legittimità, compiendo una prognosi delle eventuali conseguenze della rimozione dell'atto illegittimo sulla quantificazione da parte del giudice amministrativo del danno risarcibile*».
56. G. Morbidelli, *Il tempo del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pag. 121 ss., rileva che la stessa giurisprudenza «*impone di procedere quantomeno ad una prima sommaria deliberazione, dalla quale semmai nascerà il procedimento d'ufficio a seguito di denunce o esposti*».
57. F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità dei rapporti*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017, secondo cui «*se il mancato annullamento è fonte di responsabilità, è evidente che in tal modo si qualifica come doveroso l'esercizio del potere di autotutela e si ritiene vi sia quindi un obbligo di provvedere in tal senso*». Ad analoghe conclusioni giungono, altresì, G. La Rosa, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?* in *Giustamm.it*, n. 5/2015, e P.L. Portaluri, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)* in M.A. Sandulli (a cura di), *Gli effetti del decreto-legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, supplemento al fascicolo 6/2015 della *Riv. giur. ed.*
58. Nel senso che la richiesta di riesame in via di autotutela costituirebbe un mero interesse semplice in capo al privato richiedente, D.U. Galetta, *I procedimenti di riesame, cit.*, pagg. 398 ss., B. Baccari, *Poteri della pubblica amministrazione e natura dell'interesse degli altri soggetti in relazione ai rapporti giuridici estinti*, in *Rass. Adv. Stato*, 1966, pag. 1003 ss. S. D'Ancona, *Interesse pubblico, cit.*, pag. 538, sostiene, invece, che «*nella fattispecie dell'annullamento d'ufficio è ammissibile ritenere la sussistenza di interessi legittimi pretenitivi (o quantomeno di situazioni soggettive procedurali qualificate) e di un relativo obbligo di procedere da parte dell'Amministrazione*», specie quando si versi in una ipotesi di atto anticomunitario.
59. 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, 2012, pag. 176., afferma che «*non sembra che le riflessioni del giudice amministrativo in tema di doverosità dell'esercizio dell'autotutela siano giunte alla individuazione di una regola univoca, posto che spesso si procede sul tema seguendo un metodo "case by case"*».
60. Corte costituzionale, sentenza 13/7/2017, n. 181.
61. 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, pag. 4, afferma che «*l'impostazione riportata appare non condivisibile sotto*

*molteplici punti di vista e, innanzitutto, perché difficilmente giustificabile alla luce dell'ordinamento costituzionale e amministrativo vigente».*

62. D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.* 2005, pag. 37, evidenzia come vi sia un problema «di non coincidenza linguistica tra la terminologia utilizzata dalla Corte di giustizia e le categorie concettuali ad essa corrispondenti negli ordinamenti nazionali cui la stessa Corte fa riferimento. Il giudice comunitario, infatti, utilizza quasi sempre il termine di revoca. E questo sia con riguardo a veri e propri provvedimenti di revoca, che con riguardo a provvedimenti che - per il diritto italiano, così come per quello francese e tedesco - andrebbero piuttosto classificati come provvedimenti di annullamento d'ufficio o di mero ritiro».
63. Corte di giustizia, sentenza 12/7/1957, cause 7/56 e 3/57 a 7/57.
64. Conclusioni dell'Avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-310/97, *AssiDomän*
65. Così ancora l'Avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer.
66. Corte di giustizia, sentenza 22/3/1961, cause 42/59 e 49/59.
67. D.U. Galetta, *Autotutela decisoria, cit.*, pag. 39.
68. Corte di giustizia, sentenza 3/3/1982, causa 14/81.
69. Corte di giustizia, sentenza 17/4/1997, causa C-90/95.
70. Corte di giustizia, sentenza 14/9/1999, causa C-310/97.
71. Conclusioni dell'Avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer nella causa C-310/97, *AssiDomän*.
72. Il Tribunale UE nella sentenza 10/7/1997, causa T-227/95, ha, invero, statuito che la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'annullamento d'ufficio di atti illegittimi «si applica a fortiori nella fattispecie in cui la decisione di cui trattasi di limiti ad imporre oneri al singolo o, come nel caso in esame, ad infliggerli sanzioni. Infatti, in tale fattispecie, considerazioni relative alla tutela del legittimo affidamento e dei diritti quesiti del destinatario alla decisione non ostano a che la Commissione revochi quest'ultima».
73. C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa, cit.*, pag. 15, evidenzia che «la Corte di giustizia è più incline a conservare i provvedimenti UE in ragione della tutela del legittimo affidamento, serbando invece un atteggiamento più rigoroso nei confronti delle Amministrazioni nazionali, alle quali imporrebbe il ritiro del provvedimento anticomunitario per garantire l'efficace attuazione del diritto UE».
74. D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, 31, afferma al proposito che questa asimmetria di impostazione «è solo il risultato della assenza [nell'ordinamento comunitario] delle preoccupazioni inerenti ad effetto diretto e primato del diritto comunitario». Questa impostazione è, per vero, criticata in dottrina da G. Greco, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pagg. 1 ss., il quale ha invece preteso di informare l'autonomia procedurale degli Stati membri a un c.d. criterio di «equivalenza verticale», dando tuttavia atto che «il criterio proposto non esiste tra quelli dichiaratamente utilizzati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ai fini dell'applicazione del principio di leale

## CERIDAP

- cooperazione*», donde la sua è (dichiaratamente) una «*prospettiva dogmatica*».
75. Corte di giustizia, sentenza 20/3/1997, causa C-24/95.
  76. Corte di giustizia, sentenza 16/12/1976, causa 22/76.
  77. Secondo G. Grüner, *L'annullamento d'ufficio*, cit., pag. 241, il caso Alcan non è rilevante «*perché il principio di diritto in essa enunciato opera con esclusivo riferimento alle ipotesi in cui una decisione della Commissione abbia previamente dichiarato l'incompatibilità dell'aiuto con il diritto comunitario e ne imponga quindi il recupero alle competenti autorità nazionali*».
  78. D.U. Galetta, *Autotutela decisoria*, cit., pag. 43, ritiene, invece, che la sentenza Alcan «*pone chiaramente in evidenza l'assenza di qualsivoglia margine di apprezzamento discrezionale in capo alla Pubblica Amministrazione nazionale*».
  79. In dottrina, R. Scholz, *Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsrecht*, DÖV, 1988, pag. 264, sostiene che la sentenza Alcan sia un atto *ultra vires*.
  80. Bundesverfassungsgericht, 17/2/2000, (2000) EuZW, 445, con commento di F. Hoffmeister, in *CMLR*, 2000, pagg. 791 ss.
  81. Corte di giustizia, sentenza 7/1/2004, causa C-201/02.
  82. G. Grüner, *L'annullamento d'ufficio*, cit., pag. 243, afferma al proposito che «*il principio di leale cooperazione può essere in concreto vanificato dalla disciplina ... dei provvedimenti amministrativi di riesame prevista dai singoli ordinamenti*».
  83. D.U. Galetta, *Autotutela decisoria*, cit., pag. 49.
  84. Corte di giustizia, sentenza 13/1/2004, causa C-453/00.
  85. Corte di giustizia, sentenza 19/9/2006, cause C-392/04 e C-422/04.
  86. Corte di giustizia, sentenza 20/3/1997, causa C-24/95.
  87. Corte di giustizia, sentenza 7/1/2004, causa C-201/02.
  88. Corte di giustizia, sentenza 13/1/2004, causa C-453/00.
  89. Anche D.U. Galetta, *Autotutela decisoria*, cit., pag. 52, afferma che «*in queste pronunce non si rinviene certamente alcun vulnus al principio di autonomia procedurale degli Stati membri*».
  90. D.U. Galetta, *Autotutela decisoria*, cit., pag. 50, in un approccio analitico di quella descritta tensione tra principi, afferma che da un lato (su un piatto della bilancia) abbiamo il principio dell'effetto utile, cui si accompagnano i principi di equivalenza e di effettività e di leale cooperazione (con i due corollari dei principi di legalità comunitaria e del primato del diritto UE, mentre sull'altro piatto della bilancia troviamo il principio della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento (cui va ricondotto l'obbligo di osservanza dell'autorità di cosa giudicata).
  91. Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, cause C-392/04 e C-422/04.
  92. D.U. Galetta, *Autotutela decisoria*, cit., pag. 51, sostiene al proposito che «*si debba evitare l'errore di pensare che la Corte di giustizia comunitaria, con le sentenze richiamate, abbia in qualche modo imposto (o inteso imporre) alla Pubblica Amministrazione nazionale un vero*



*e proprio obbligo di eliminare l'atto amministrativo comunitariamente invalido facendo uso di quegli strumenti che noi definiamo di autotutela decisoria».*

93. Corte costituzionale, sentenza 22/3/2000, n. 75.
94. Sicché, non si può convenire con G. Gardini, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, pag. 259, ove egli, in una prospettiva *de iure condendo*, sostiene l'opportunità di modificare l'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 prevedendo «*la doverosità dell'annullamento d'ufficio in autotutela nelle ipotesi di violazione del diritto europeo*», e con M. Macchia, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pag. 637, che al proposito della mancata previsione di una simile fattispecie nella riforma Madia ha scritto di una «*occasione mancata*».
95. G. Manfredi, *Doverosità*, cit. pag. 324.
96. F. Benvenuti, *Autotutela*, cit.
97. F. Benvenuti, *Autotutela*, cit.
98. C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa*, cit., pag. 139.
99. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 15/3/2016, ove si legge che il legislatore nazionale, con la novella del 2015, ha introdotto un «*nuovo paradigma*» nei rapporti tra cittadino e P.A., con una netta inversione di prospettiva realizzata attraverso «*una nuova "regola generale" che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende imm modificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare – nella ratio e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve)*».
100. S. Valaguzza, *La concretizzazione*, cit., pag. 1266, sostiene che «*Non basta cioè, in questo contesto, un'adeguata motivazione in ordine all'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto illegittimo, come accade spesso nel nostro ordinamento interno; tale motivazione è comunque recessiva rispetto all'affidamento posto dal privato nella legalità dell'azione amministrativa e nella stabilità del rapporto creatosi in seguito alla decisione assunta dall'autorità*».
101. A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pag. 505, sostiene, invece, che l'interesse pubblico specifico possa consentire di evitare l'eliminazione dell'atto, anche nelle ipotesi eccezionali in cui l'annullamento d'ufficio si caratterizzerebbe come doveroso, quando a esempio vi era da far seguito a una sentenza del giudice ordinario di declaratoria dell'illegittimità di un atto amministrativo (ipotesi nelle quali «*quello di annullare gli atti amministrativi veniva configurato come un vero e proprio dovere giuridico dell'autorità che avesse posto in essere gli atti stessi*»)
102. G. Manfredi, in *Annullamento doveroso?*, cit., pag. 390.
103. D.U. Galetta, *La tutela dell'affidamento*, cit., pag. 762, la quale segnala che questa logica è completamente differente da quella del diritto amministrativo tedesco (che ha

condizionato la giurisprudenza comunitaria) «dove il principio di tutela dell'affidamento si collega al principio di certezza del diritto nella sua connotazione soggettiva: inteso, cioè, come affidamento dell'ordinamento giuridico e stabilità delle posizioni giuridiche del singolo».

104. F. Merusi, *L'affidamento*, cit., pag. 120, sottolinea che, «nell'ordinamento italiano, esistono due concetti positivamente rilevanti di buona fede: il comportarsi secondo buona fede e l'essere in buona fede sono due cose profondamente diverse che hanno in comune, per un accidente linguistico una medesima espressione. Si tende pertanto a distinguere una nozione di buona fede oggettiva che esprime una regola di condotta, da una buona fede soggettiva che si riferisce a una situazione psicologica di ignoranza o di errore tutelata, in determinati casi, dall'ordinamento giuridico». In un caso (buona fede in senso oggettivo) ciò che rileva è la condotta della P.A (l'inerzia), in epoca successiva alla deliberazione del provvedimento illegittimo, nell'altro (buona fede in senso soggettivo) ciò che il principio tutela è la condizione psicologica ingenerata dall'amministrazione con l'emanazione del provvedimento. Sul tema, si veda altresì D.U. Galetta, *La tutela dell'affidamento*, cit., pagg. 757 ss., e F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio*, cit., pagg. 843 ss., S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, Id., Recenti conferme della Corte di giustizia circa la ricostruzione di un principio fondamentale di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pagg. 1130 ss.
105. Si consideri al proposito che la dogmatica tradizionale si riconosce nell'affermazione di Santi Romano, *Annullamento*, cit., pag. 332, il quale la P.A. si dispone all'annullamento di un proprio atto, «non per imparziale tutela del diritto oggettivo, ma solo se e quando questa tutela sia un'esigenza della specifica funzione amministrativa che le è affidata o, almeno, non sia contraria ai propri interessi».
106. Corte di giustizia, sentenza 16/12/1976, causa 22/76.
107. Consiglio di Stato, Sez. IV, 18/1/1996, n. 54.
108. Consiglio di Stato, Sez. IV, 5/6/1998, n. 918, in *Urb. e appalti*, 1998, con nota di R. Garofoli, *Annullamento di un atto amministrativo contrastante con norma CE self executing*.
109. F. Goisis, *L'annullamento d'ufficio* cit., pag. 445 afferma che «Questa giurisprudenza (non a caso risalente agli anni 90) sembra debitrice di una visione estrema della primazia comunitaria».
110. S. Valaguzza, *La concretizzazione*, cit., pag. 1267.
111. Consiglio di Stato, Sez. V, 8/9/2008, n. 4263, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2009, pag. 443, con nota di M. Del signore, *Il ruolo della Pubblica Amministrazione*, cit.. Analogamente, Consiglio di Stato, Sez. VI, 3/3/2006, n. 2006, ove si legge «Non sussiste l'obbligo per la P.A. di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere il ritiro di un provvedimento amministrativo ormai divenuto inoppugnabile ... anche se l'impulso al riesame proviene da un soggetto preposto alla cura di interessi pubblici e sia volto a far valere un originario vizio di violazione del diritto comunitario». Con il che, nell'affermazione che non sussista, oltre

- che l'obbligo di annullare, nemmeno quello di provvedere, si realizza, a mio avviso, una interpretazione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 trasgressiva dell'obbligo di interpretazione conforme.
112. R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pag. 635, sostengono che «Quest'ultima giurisprudenza appare maggiormente in linea con l'ordinamento fatto proprio dai giudici europei in tema di ritiro di un proprio atto amministrativo illegittimo, inteso a dare sempre rilievo agli interessi privati delle parti coinvolte».
  113. Non si può, invero, convenire con quanto sostiene G. Massari, *L'atto amministrativo antieuropeo*: cit., pag. 643 ss., la quale afferma che «il diritto dell'unione non impone alle autorità amministrative nazionali di procedere alla rimozione d'ufficio del provvedimento viziato ... Non imporre, tuttavia, non significa vietare. Ove uno Stato decidesse di istituire un vincolo di tal fatta, non incontrerebbe certo preclusioni dalla Corte del Lussemburgo; al contrario, contribuirebbe a rendere effettivo il rispetto della disciplina sovranazionale e aggiungerebbe un tassello al processo di integrazione europea, che la stessa Corte mira a realizzare».
  114. Nella logica comunitaria «non riesce facile immaginare altre ipotesi nelle quali l'amministrazione possa omettere l'annullamento dell'atto incompatibile senza violare l'obbligo di leale cooperazione» (L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili*, cit., pag. 788). Sicché, in questa prospettiva, pare da escludersi la possibilità di rifiutare l'annullamento d'ufficio di un atto anticomunitario, nel perseguimento di un interesse pubblico alla conservazione di una situazione di fatto in contrasto con la norma e con i principi UE.
  115. D.U. Galetta, *I procedimenti di riesame*, cit., pagg. 398 ss., riassume così la giurisprudenza comunitaria: «In estrema sintesi, in tema di autotutela decisoria i principi richiamati dalla Corte comunitaria sono, da una parte, il principio dell'effetto utile, il principio di equivalenza e il principio di effettività; nonché, con un peso di gran lunga più consistente, il principio di leale cooperazione ex art. 10 CE (che si manifesta qui sotto forma di obbligo di eliminare le conseguenze derivanti dalla violazione del diritto comunitario e che trova, perciò, due essenziali corollari nel principio di legalità e in quello del primato del diritto comunitario, che in questo contesto sono strettamente connessi fra loro). Sull'altro piatto della bilancia troviamo, invece, il principio della certezza del diritto e il principio di tutela del legittimo affidamento, a cui va ricondotto anche l'obbligo di osservanza dell'autorità di cosa giudicata».
  116. D.U. Galetta, *Autotutela decisoria*, cit., pag. 54, sostiene al proposito che la giurisprudenza comunitaria induce a rimettere in discussione alcuni assunti della giurisprudenza: (i) la configurazione dell'annullamento d'ufficio necessariamente con modalità retroattive; (ii) la negazione di un obbligo di riesame (salvo la ricorrenza di speciali fattispecie).
  117. Corte di giustizia, sentenza 13/1/2004, causa C-453/00.
  118. L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili*, cit., pag. 788, afferma al proposito che «la Corte di giustizia impone all'amministrazione nazionale l'obbligo di riesaminare l'atto illegittimo ma non anche di annullarlo in modo automatico».
  119. M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, pag. 552, E. Cannada Bartoli,

- Annulabilità e annullamento, cit.*, pag. 489, P. Virga, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1987, pag. 133. M. Romanelli, *L'annullamento, cit.*, pag. 363, sosteneva, invece, che la retroattività dovesse essere mitigata «*facendo cadere quegli atti e quei rapporti che sono incompatibili con la creazione della nuova situazione*».
120. G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, pag. 37, sostiene che l'analisi comparata degli atti di ritiro induce ad affermare che «*l'eventuale estensione di tali effetti al passato non corrisponde ad una ineluttabile natura dell'atto, ma ad eventuali esigenze di pubblico interesse concretamente riscontrato [sicché] non si vede perché escludere - soprattutto in relazione all'affidamento dei privati - la possibilità di eliminare l'atto per il futuro, senza toccarne gli effetti passati*». Alla stessa conclusione giungono, tra gli altri. G. Barone, *Autotutela amministrativa, cit.*, pag. 209 ss., A. De Valles, *Annulamento d'ufficio, cit.*, pag. 228 ss..
121. D.U. Galetta, *I procedimenti di riesame, cit.*, pagg. 398 ss.,
122. Così nella traduzione di D.U. Galetta, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo, Verwaltungsverfahrensgesetz*, Milano, 2002.
123. Art. III-35 Codice ReNEUAL.
124. Corte di giustizia, sentenza 13/1/2004, causa C-453/00.
125. L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili, cit.*, pag. 801.
126. M. Sinisi, *La doverosità, cit.*, pag. 3266 sostiene, invece, che «*L'amministrazione ... non è tenuta a dar corso al procedimento di secondo grado laddove sia il privato a richiederlo, e ciò in virtù del patto che esso costituisce piuttosto una sua prerogativa*». Così che, una volta che sia escluso che l'autotutela sia un privilegio della P.A., ne consegue anche il venir meno della giustificazione dell'affermazione dell'inesistenza di un obbligo di «*dar corso al procedimento*».
127. Corte di giustizia, sentenza 5/2/1963, causa 26/62.
128. Corte di giustizia, sentenza 13/1/2004, causa C-453/00.

## Indipendenza delle autorità di regolamentazione e principio di autonomia istituzionale

*Micaela Lottini*

*Nella recente sentenza del giugno 2020 nella causa C-378/19 (Prezident Slovenskej republiky), la Corte è nuovamente chiamata a pronunciarsi sul tema della 'indipendenza' delle Autorità di regolamentazione. In particolare, deve fornire risposta alla domanda se possa considerarsi 'indipendente un'Autorità di nomina (e revoca) governativa ovvero un'Autorità ai cui procedimenti di fissazione dei prezzi partecipino rappresentanti dei Ministeri nazionali. Quindi, conseguentemente, la Corte deve valutare se possa considerarsi legittima la normativa slovacca di attuazione della Direttiva 2009/72/CE relativa al mercato interno dell'energia, con particolare riguardo all'art. 35 della stessa Direttiva, che disciplina appunto la designazione e la garanzia dell'indipendenza dell'Autorità di regolamentazione. La Corte conclude che, in attuazione del principio di autonomia istituzionale, secondo cui, inter alia, agli Stati membri possono definire i loro assetti organizzativi, la normativa nazionale in questione, non può essere considerata di per sé illegittima, purché vengano rispettati tutti i requisiti di garanzia previsti dalla Direttiva al fine di assicurare l'indipendenza dell'Autorità. In altre parole, la nomina (e revoca) governativa e la partecipazione ministeriale al procedimento di fissazione dei prezzi non inficiano ex se il requisito dell'indipendenza. Ad ogni modo, i criteri con cui questa nomina e revoca vengono effettuate devono essere tali da non compromettere l'obiettivo di integrazione dello specifico mercato, garantendo appunto l'indipendenza in concreto del regolatore. Questa sentenza, pur essendo di fatto in linea con la giurisprudenza precedente (anche se la Corte non si pronuncia sulla legittimità della scelta nazionale, ma rimanda la valutazione al giudice del rinvio), che lascia agli Stati membri ampi margini di scelta relativi alle modalità di organizzazione e di attribuzione dei poteri delle Autorità indipendenti, salvo il rispetto di requisiti minimi di garanzia volti a garantire il raggiungimento degli obiettivi della normativa considerata, ci fornisce l'occasione per soffermarci sul tema dell'autonomia istituzionale nell'ambito dello specifico settore delle Autorità*

*indipendenti e per svolgere alcune riflessioni conclusive.*

*[Independence of the regulatory Authorities and institutional autonomy] In the recent judgment of June 2020 in case C-378/19 (Prezident Slovenskej republiky), the Court is once again called upon to rule on the definition of ‘independence’ regarding regulatory Authorities. In particular, it has to give an answer to the question on whether it can be considered as independent an Authority which is appointed by the Government and to which procedures are allowed to take part representatives of the ministries. Therefore, the Court has to assess whether the Slovak legislation implementing Directive 2009/72/EC, relating to the internal energy market can be considered legitimate, with particular regard to art. 35 of the same Directive, which precisely governs the designation and independence of the regulatory Authority. The Court concludes that, in accordance with the principle of institutional autonomy, which, inter alia, allows Member States to decide on their internal administrative organisation, the national legislation in question cannot be considered per se illegitimate, provided that all the requirements are met indicated by the Directive in order to ensure the independence of the Authority. In other words, governmental appointment and ministerial participation in the price-fixing procedures do not affect ex se the independence of the regulator. In any case, the criteria in accordance to which this appointment is carried out must be as such as not to compromise the objective of the integration of the specific market, precisely that of guaranteeing the independence of the regulator. This decision, despite being in line with the previous case-law (even if the Court does not give a definite answer left to the national judge) which leaves Member States wide margins of choice in relation to the organisation and powers of the independent Authorities, provided that minimum requirements are met aimed at guaranteeing the achievement of the objectives of the legislation considered, it gives us the opportunity to dwell on the issue of institutional autonomy in the specific sector of the independent Authorities and make some final considerations.*

## **1. L’autonomia istituzionale nell’ambito del sistema europeo: cenni**

L’autonomia istituzionale<sup>[1]</sup> degli Stati non trova espresso richiamo, né espressa definizione nei Trattati. Il termine ‘autonomia istituzionalÈ, appare nella giurisprudenza<sup>[2]</sup> e in atti delle istituzioni europee<sup>[3]</sup>, ma risulta soprattutto il

frutto di elaborazione dottrinaria. Inoltre, proprio a causa della mancanza di una definizione, risulta dubbio il confine con un altro dei principi che caratterizzano il rapporto tra Unione e Stati membri: ossia quello dell'autonomia procedurale<sup>[4]</sup>. Le definizioni che dell'autonomia istituzionale vengono offerte dalla dottrina sono spesso differenti fra loro e tendono a sottolinearne aspetti diversi.

Da una parte, si riconduce all'autonomia istituzionale la libertà degli Stati membri di definire gli assetti organizzativi nazionali<sup>[5] [6] [7]</sup>; dall'altra, la libertà degli Stati membri di scegliere le modalità di esecuzione del diritto europeo<sup>[8]</sup> (riguardanti, sia gli aspetti organizzativi, che procedurali)<sup>[9]</sup>, nonché di individuare i soggetti competenti<sup>[10]</sup>. Se, poi parte della dottrina la sottopone a critica, contestandone addirittura l'utilità giuridica<sup>[11]</sup>, altra parte ritiene che l'autonomia istituzionale debba essere considerata come un parametro di validità degli atti dell'Unione<sup>[12]</sup>.

Premessa, quindi, la non unanimità della dottrina, né con riguardo ai contenuti, né con riguardo alla rilevanza dell'autonomia istituzionale, è necessario sottolineare, che il rispetto (almeno tendenziale) di una sfera di autonomia degli Stati membri relativa alla loro organizzazione interna, alle modalità di esercizio del potere pubblico (anche attuativo del diritto europeo), sia espressione di una visione costituzionale alla base della stessa struttura giuridico-politica dell'Unione, secondo cui gli Stati devono veder (tendenzialmente) rispettata la propria Sovranità nazionale<sup>[13]</sup>, e mantengono un ambito di intervento e di scelta rappresentato dalle decisioni sulla loro struttura costituzionale, nonché sull'esercizio del potere pubblico<sup>[14]</sup> e sulle relative scelte organizzative e procedurali.

Come è noto, il Trattato individua quale soggetto cardine dell'applicazione della normativa del mercato 'l'impresa'<sup>[15]</sup>, qualificata dalla Corte come entità che svolge attività economica, contrapposta appunto al soggetto 'pubblico' (in senso eurounitario), che svolge attività non-economica e che, quindi, è sottratto all'applicazione della normativa europea del mercato<sup>[16]</sup>. In altre parole, i confini esterni del mercato sono 'le attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri'<sup>[17]</sup>, ossia le attività che sono «*l'incarnazione della Sovranità dello Stato e come tali consentono ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegio e di poteri coercitivi a cui i privati devono sottomettersi*»<sup>[18]</sup> (art. 51 TFUE e art. art. 49, n. 4 TFUE).

Se l'esercizio del potere pubblico (intrinsecamente collegato appunto alla Sovranità statale) è prerogativa degli Stati membri, lo sarà anche quella di regolare il relativo esercizio, attraverso la disciplina del procedimento amministrativo, nonché di individuare quali soggetti debbano esercitare siffatto potere o, comunque, venire considerati amministrazioni<sup>[19]</sup>. Sicché, la specifica scelta costituzionale alla base dei Trattati è quella di riservare agli Stati membri le scelte relative alla Sovranità statale, scelte che coinvolgono ovviamente anche le forme e l'organizzazione relativa all'esercizio del potere pubblico (o dell'attività economica pubblica).

Questo, nell'ambito di un sistema che individua il 'principio di attribuzione' come criterio di riparto di competenze tra Unione e Stati membri e i principi di 'sussidiarietà' e 'proporzionalità'<sup>[20]</sup> come criteri che regolano l'esercizio delle competenze dell'Unione. Alla base del rispetto della Sovranità statale, troviamo, poi, un principio caratterizzante la costruzione europea, il principio 'dell'irrelevanza per il diritto europeo delle questioni puramente interne', secondo cui una delle condizioni di applicabilità della normativa europea è che la questione o l'attività in oggetto abbiano 'rilevanza comunitaria', ossia abbiano natura transfrontaliera o, comunque, abbiano o possano avere un effetto sull'integrazione europea<sup>[21]</sup>.

Da ultimo giova ricordare che uno degli aspetti riconducibili all'autonomia istituzionale è la libertà relativa alla scelta delle modalità attuative del diritto europeo, sia con riguardo alle scelte organizzative, che procedurali. In effetti, nell'ambito delle materie di competenza europea, la scelta costituzionale di base<sup>[22]</sup> è quella secondo cui, almeno in linea tendenziale<sup>[23]</sup>, l'attuazione delle politiche dell'Unione deve avvenire a livello decentrato, da parte degli Stati membri<sup>[24]</sup>.

Se l'autonomia istituzionale è elemento inscindibile del sistema costituzionale europeo, altrettanto lo sono i relativi limiti, che ne diventano di fatto parte integrante del contenuto e della definizione.

Ogni scelta nazionale, infatti, deve entrare in dialogo con il progetto europeo ed evidentemente non può che rimanerne condizionata, in maniera variabile a seconda della rilevanza e dell'incidenza della decisione stessa per il raggiungimento degli obiettivi dei Trattati.

Come è chiaro, infatti, se deve essere garantito il rispetto (almeno tendenziale) delle prerogative degli Stati membri è, altrettanto, evidente che questo rispetto



non può compromettere l'effettività<sup>[25]</sup> del diritto europeo, pena la crisi stessa del sistema. Il bilanciamento fra queste opposte esigenze avviene, sia a livello politico, che giurisprudenziale.

Il paragrafo che segue affronta appunto questo bilanciamento di interessi con riguardo alla istituzione delle Autorità indipendenti.

## **2. Autonomia istituzionale ed organizzazione amministrativa: le Autorità amministrative indipendenti**

Come abbiamo detto, uno degli elementi in cui si sostanzia l'autonomia istituzionale è la libertà degli Stati membri di decidere con riguardo alla propria 'organizzazione amministrativa'.

Ad ogni modo, è di palese evidenza che molti atti normativi europei impongono l'istituzione di organi o uffici competenti, specifici modelli organizzativi<sup>[26]</sup>, ovvero dettano più o meno dettagliate disposizioni che regolano determinati iter procedurali<sup>[27]</sup>.

In questo caso, sembrerebbe palese un conflitto con l'autonomia istituzionale. In realtà, il conflitto è solo apparente.

Innanzitutto, la dottrina<sup>[28]</sup> ha sottolineato che il fondamento giuridico di questi interventi è rappresentato dall'art.114 TFUE<sup>[29]</sup>, il quale, secondo la Corte di giustizia<sup>[30]</sup>, riferendosi a 'misure di ravvicinamento', comprende anche il potere del Consiglio e della Commissione di prescrivere determinati modelli organizzativi se necessari a tale fine.

Inoltre, anche sulla base del principio di sussidiarietà, questo intervento è consentito alle istituzioni UE, nella misura in cui lo stesso risulti necessario al perseguimento di un obiettivo europeo.

In altre parole, l'intervento sull'organizzazione nazionale (o sulle discipline procedurali), nel rispetto appunto dell'autonomia istituzionale, deve essere giustificato dal perseguimento di un determinato obiettivo e deve essere con riguardo al raggiungimento dello stesso necessario e proporzionato.

In questo senso, particolari questioni sono state sollevate in giurisprudenza con riguardo all'istituzione delle Autorità indipendenti.

Come è noto, infatti, le Direttive europee di liberalizzazione dei grandi servizi a rete (ma non solo)<sup>[31]</sup> prescrivono l'istituzione di organismi 'indipendenti' a cui

attribuire funzioni di regolazione.

Come in altri settori, per esempio, quello del mutuo riconoscimento dei diplomi, anche nelle Direttive summenzionate, vengono indicate delle funzioni che devono essere svolte con la necessità, quindi, di individuare delle soggettività preposte; nonché vengono dettate previsioni riguardanti i relativi poteri e procedimenti<sup>[38]</sup>.

Il rapporto (e il conflitto) fra queste imposizioni normative e l'autonomia istituzionale è stato affrontato espressamente in ambito giurisprudenziale.

La Corte chiarisce, infatti, che l'autonomia degli Stati membri di organizzare e configurare le Autorità, nonché di attribuire alle stesse determinati poteri, deve dialogare con il rispetto degli obiettivi e degli obblighi stabiliti dalla normativa di riferimento. In altre parole, le scelte riguardanti la disciplina delle Autorità non possono compromettere il raggiungimento degli obiettivi europei.

Di particolare interesse ed utilità al fine dell'inquadramento di questo tema, risultano le Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, relative alla causa *Base NV*<sup>[39]</sup>, nell'ambito delle quali, viene efficacemente delineata la problematicità del quadro del rapporto tra gli obblighi imposti dalle Direttive (in questo caso riguardanti la materia delle comunicazioni elettroniche) e l'autonomia istituzionale degli Stati membri.

La questione riguardava la presunta illegittimità della normativa belga che attribuiva al legislatore alcune funzioni di regolazione in materia.

Infatti, la normativa europea sulle comunicazioni elettroniche individua una serie di compiti di regolazione, e prescrive che questi compiti vengano svolti da 'organismi competenti' (Autorità nazionali di regolamentazione - ANR). Inoltre, stabilisce che gli Stati membri garantiscano 'l'indipendenza' delle ANR, provvedendo affinché le stesse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica. Nonché, nel caso in cui gli Stati membri mantengano la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica, gli stessi debbono provvedere alla piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà e al controllo.

Ricorda l'Avvocato Generale che questa scelta ha sicuramente un profondo impatto istituzionale, e si inserisce nell'ambito del processo di apertura di mercati

strategici, tradizionalmente monopolizzati dallo Stato, di fatto imponendo, allo Stato medesimo una separazione di funzioni: da un lato, quella di mediatore dotato di pubblici poteri; dall'altro, quella di imprenditore con legittime aspettative di profitto. Al fine di rendere compatibili questi due aspetti, si attribuisce la funzione di regolazione ad Autorità indipendenti.

L'Avvocato Generale sottolinea che, pur essendo indicato nelle Direttive che le Autorità in questione sono Autorità indipendenti (nei termini specificati dalla stessa normativa), gli Stati membri mantengono ugualmente un margine di discrezionalità, per definire l'esatta portata di questa indipendenza o, meglio, per definire la struttura delle Autorità.

Orbene, l'Avvocato Generale mette in evidenza che la designazione degli organi degli Stati membri da incaricare dell'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione deve avvenire conformemente ai rispettivi sistemi costituzionali, ed in autonomia. Ad ogni modo, la ripartizione dei poteri effettuata negli Stati membri non deve mettere a rischio, né il tenore letterale, né l'effetto utile delle disposizioni del diritto dell'Unione.

Sicché, la creazione e la regolamentazione delle ANR avviene in un ambito generale e astratto, fissato dalle Direttive, che spetta agli Stati membri precisare con un considerevole margine di autonomia e sulla base di criteri di volta in volta indicati dalla Corte.

A proposito dei criteri individuati dalla Corte, nella sentenza *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*<sup>[34]</sup>, si chiede se uno Stato membro possa attribuire a diversi organismi la funzione (regolatoria) riguardante l'assegnazione di risorse di numerazione nazionali e di gestione dei piani nazionali di numerazione.

L'esercizio di tali funzioni in Spagna era ripartito tra l'ANR nazionale e il Governo.

La Corte conclude che la Direttiva non osta a che uno Stato membro suddivida fra diversi organismi le funzioni attribuite alle ANR. Tuttavia, la sentenza introduce un'importante riserva, precisando che gli Stati membri devono, non soltanto garantire l'autonomia funzionale delle Autorità di regolamentazione rispetto agli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica, 'ma altresì rendere pubbliche, in forma facilmente accessibile, le funzioni esercitate dalle Autorità nazionali di regolamentazione e

notificare alla Commissione il nome delle Autorità di regolamentazione cui sono state attribuite le funzioni di cui trattasi e le loro competenze rispettivamente.

Ancora. Nella sentenza *Commissione/Germania*<sup>1351</sup>, la Commissione aveva proposto ricorso per inadempimento contro la Germania, sostenendo che la stessa avesse violato la normativa in materia di telecomunicazioni, poiché aveva limitato per legge il potere discrezionale dell'ANR, escludendo (salvo eccezioni) dal suo ambito di intervento un tipo particolare di mercato (nuovo mercato); e poiché aveva ridotto i poteri di orientamento e di intervento dell'ANR alla quale era imposto di rispettare specifici obiettivi regolatori stabiliti sempre per legge.

La Corte conclude nel senso indicato dalla Commissione; in primo luogo, infatti, dato che il legislatore tedesco ha escluso l'ANR dalla definizione e dall'analisi dei nuovi mercati, lo stesso ha privato tale organismo dei poteri ad esso 'espressamente conferiti dalle Direttive.

Inoltre, è anche illegittima quella disposizione di legge che indica determinati obiettivi che l'ANR deve perseguire, escludendone altri previsti dalle Direttive. Infatti, quando il legislatore attribuisce priorità a uno degli obiettivi imposti alle ANR dalla Direttiva, esso 'effettua un bilanciamento dei citati obiettivi, che spetta invece all'ANR nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione di cui è investita'.

Sicché, può accadere che il legislatore nazionale adotti decisioni che incidono direttamente sulle funzioni dell'ANR, pur senza attribuirsi tale qualifica, tuttavia, perché questo intervento risulti conforme alle Direttive, occorre che non vengano ad essere limitate, né escluse funzioni che le Direttive conferiscono espressamente all'ANR.

Siffatta limitazione delle competenze legislative degli Stati membri si giustifica con la ragion d'essere delle ANR, create ed istituite per finalità specifiche che devono essere conseguite attraverso organismi tecnici, funzionalmente separati dalle attività del Governo e del Parlamento.

Infatti si ricorda che gli Stati membri sono obbligati, nell'attuare una Direttiva, a garantire la piena efficacia di questa, pur disponendo di un ampio margine discrezionale quanto alla scelta dei mezzi. Secondariamente, gli Stati membri, in materia, dispongono di 'autonomia istituzionale nell'organizzare e configurare le loro Autorità di regolamentazione; tale autonomia può tuttavia operare solamente nel pieno rispetto degli obiettivi e degli obblighi sanciti dalla Direttiva

in parola. Così, uno Stato membro può attribuire di fatto al legislatore nazionale i compiti spettanti alle Autorità nazionali di regolamentazione, ma solo qualora l'organo legislativo, nello svolgimento di tali compiti, soddisfi i requisiti di organizzazione e di funzionamento cui dette Direttive assoggettano tali Autorità.

## 2.1. Indipendenza delle Autorità e autonomia istituzionale

È però, soprattutto, il requisito dell'«indipendenza»<sup>[36]</sup> di questi soggetti (e le conseguenze che ne derivano) che pone particolari problemi di rapporto con l'autonomia istituzionale.

Il diritto europeo prevede l'istituzione di soggetti 'competenti, indipendenti e autonomi' a cui attribuire funzioni lato sensu regolatorie.

Il requisito dell'indipendenza è stato oggetto di un acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale<sup>[37]</sup>, soprattutto con riguardo alla questione se lo stesso requisito dovesse essere inteso, solo nei confronti degli operatori economici operanti sul mercato di riferimento (o, più in generale, degli organismi soggetti al controllo), ovvero anche nei confronti del Governo e del potere politico. Naturalmente, nel caso in cui questo non fosse già stato stabilito a livello normativo.

A favore dell'interpretazione estensiva dello stesso concetto si è posta la Corte, in svariate pronunce relative alle Autorità istituite in attuazione della normativa europea sulla protezione dei dati personali.

Nella sentenza *Commissione/Germania*<sup>[38]</sup>, la Corte è chiamata a fornire l'interpretazione del requisito della 'piena indipendenza' che, sulla base di quanto previsto dalla normativa europea in oggetto, deve caratterizzare l'Autorità nazionale per la protezione dei dati personali.

La Corte chiarisce che le Autorità «*devono essere sottratte a qualsiasi influenza esterna, compresa quella, diretta o indiretta, dello Stato*»<sup>[39]</sup>. Infatti, «*solo così le autorità possono svolgere le loro funzioni, in modo obiettivo ed imparziale, ed assicurare un giusto equilibrio fra, da un lato, il rispetto del diritto fondamentale alla vita privata e, dall'altro, gli interessi che impongono una libera circolazione dei dati personali*»<sup>[40]</sup>.

Invece, non è sufficiente al raggiungimento degli obiettivi della Direttiva che le stesse Autorità siano solamente poste al riparo dall'influenza degli organismi controllati.

La questione era già stata affrontata, seppure in via indiretta, nel 1993, nella causa *Decoster*<sup>[41]</sup>.

Con questa pronuncia, la Corte dichiarava, infatti, l'illegittimità di una normativa nazionale (francese), la quale vietava agli operatori economici di fabbricare, importare, vendere o distribuire apparecchi terminali, privi di specifica omologazione, senza però garantire l'indipendenza funzionale<sup>[42]</sup> del regolatore.

In questo caso, infatti il Ministero delle Poste oltre a svolgere le funzioni di regolazione, si occupava anche dell'esercizio della rete pubblica di telecomunicazioni e dell'attuazione della politica commerciale delle telecomunicazioni.

Non è, dunque, un caso se, alcune Direttive di ultima generazione, in particolare nel settore energetico (energia elettrica e gas naturale) sono esplicite nell'affermare la necessità che l'indipendenza delle Autorità sia garantita anche nei confronti del potere politico<sup>[43]</sup>.

Il conflitto, in particolare, tra l'imposizione dell'indipendenza dal potere politico e l'autonomia istituzionale viene messo in evidenza dalla dottrina, secondo cui, nonostante, la Corte continui ad affermare che il diritto europeo deve rispettare la struttura istituzionale degli Stati membri, la normativa secondaria (Regolamenti e Direttive) in via sempre più incisiva prevede delle limitazioni all'autonomia degli stessi<sup>[44]</sup>. Inoltre, sottolinea che la creazione di Autorità indipendenti a livello nazionale «*curtails the 'institutional autonomy' of the EU Member States and may be in tension with their constitutional traditions*»<sup>[45]</sup>.

È evidente che, in questo caso, il limite all'autonomia istituzionale è, in primo luogo, di natura politica ed ha una profonda incidenza sulle strutture organizzative nazionali, comportando spesso problemi di compatibilità con l'impianto costituzionale nazionale<sup>[46]</sup>, in particolare, con il principio della responsabilità ministeriale<sup>[47]</sup>; le Autorità indipendenti sono, infatti, sottratte al rapporto di subordinazione che caratterizza tutte le amministrazioni statali nei confronti del Governo, interrompendosi così di conseguenza, nell'ambito dei settori ad esse affidati, il rapporto di responsabilità che lega il Governo al Parlamento.

Peraltro giova ricordare, a questo proposito, che nell'ambito della causa *Commissione/ Germania*,<sup>[48]</sup> sopramenzionata, il Governo tedesco sostiene che il

principio di democrazia, sancito non solo dalla Costituzione tedesca, ma anche dall'art. 6, n. 1, TUE, si oppone ad un'interpretazione ampia del requisito di indipendenza. Infatti, detto principio, richiede una subordinazione dell'amministrazione alle istruzioni del Governo, responsabile dinanzi al Parlamento<sup>[48]</sup>.

La Corte conclude, tuttavia, in senso opposto. Il principio democratico non osta all'esistenza di Autorità pubbliche collocate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal Governo, purché naturalmente le stesse siano soggette al controllo giurisdizionale e all'influenza parlamentare, attraverso i meccanismi di nomina dei componenti, ovvero attraverso l'obbligo di rendere conto al Parlamento delle loro attività.

È interessante notare a questo punto come, imponendo un'interpretazione estensiva del requisito dell'indipendenza, la Corte, di fatto, vada ad incidere sulle scelte organizzative nazionali.

Nella sentenza *Commissione/Repubblica d'Austria*<sup>[49]</sup>, si dichiara l'illegittimità della normativa istitutiva della Commissione nazionale per la protezione dei dati, in quanto la stessa prevede che il membro amministratore della Commissione sia un funzionario federale soggetto a un controllo di servizio; l'ufficio della Commissione sia inserito nei servizi della cancelleria federale, e il cancelliere federale goda di un diritto incondizionato all'informazione su ogni aspetto della relativa gestione.

Secondo la Corte, il fatto che la Commissione goda di un'indipendenza funzionale (in quanto i suoi membri sono indipendenti e non sono vincolati ad alcuna istruzione nell'esercizio delle loro funzioni) è una condizione necessaria, ma non sufficiente per preservare la stessa autorità di controllo da qualsiasi influenza esterna. Infatti, l'indipendenza richiesta dalla normativa mira ad escludere, non soltanto l'influenza diretta, sotto forma di istruzioni, ma anche qualsiasi forma di influenza indiretta che possa orientare le decisioni dell'autorità di controllo<sup>[50]</sup>.

Ancora, nella sentenza *Commissione/Ungheria*<sup>[51]</sup>, la Corte ha chiarito che il requisito dell'indipendenza impone allo Stato membro di rispettare la durata del mandato dell'Autorità.

Gli Stati membri sono certamente liberi di adottare e di modificare il modello istituzionale che ritengono il più adatto per le loro Autorità di controllo. Essi

devono, tuttavia, in quest'ambito, fare in modo di non compromettere l'indipendenza dell'Autorità<sup>[52]</sup>. Infatti, se fosse consentito ad ogni Stato membro di porre fine al mandato di un'Autorità di controllo prima del relativo termine inizialmente previsto, senza rispettare le norme e le garanzie prestabilite a tal fine dalla legislazione applicabile, la minaccia di una tale cessazione anticipata incombente su detta Autorità durante l'intero esercizio del suo mandato potrebbe condurre ad una forma di obbedienza al potere politico in capo alla stessa, incompatibile con detto requisito di indipendenza<sup>[53]</sup>.

Nella sentenza *Commissione/Polonia*<sup>[54]</sup>, si chiarisce, inoltre, che l'indipendenza di un organismo di controllo può anche essere inficiata nel caso in cui un ampio potere discrezionale riguardo alla nomina e revoca di tutti i membri permanenti, allorché tale facoltà non è disciplinata dalla legge in modo restrittivo, cosicché tale Autorità sia tenuta ad adottare decisioni sulla base di criteri oggettivi, chiaramente e tassativamente enumerati, e verificabili

### **3. Prezident Slovenskej republiky: una recente sentenza sull'indipendenza delle Autorità di regolamentazione**

Nell'ambito di una sua recente pronuncia, la Corte è chiamata ad esprimersi in via pregiudiziale sulla legittimità della normativa slovacca riguardante nomina e poteri dell'Autorità nazionale di regolamentazione nel settore energetico.

La domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento avviato dal Presidente della Repubblica slovacca dinanzi al giudice del rinvio (Corte costituzionale della Repubblica slovacca) riguardo alla compatibilità con la Costituzione slovacca e con il diritto europeo della normativa in questione. In particolare, viene sostenuto che la stessa non garantisce il requisito dell'indipendenza dell'Autorità (prescritto dall'articolo 35, paragrafi 4 e 5, della Direttiva 2009/72/CE<sup>[55]</sup>), dato che stabilisce che sia il Governo di tale Stato competente a nominare e revocare il presidente; inoltre, allo scopo di garantire la tutela dell'interesse pubblico, prevede la partecipazione di rappresentanti ministeriali ad alcuni procedimenti dell'Autorità relativi alla fissazione di prezzi.

In primo luogo, quindi, la domanda sottoposta alla Corte è: può considerarsi 'indipendente' un'Autorità di nomina governativa?

I giudici ricordano che per quanto concerne la nozione di «indipendenza», essa



non trova definizione nella direttiva 2009/72/CE, ma che per costante giurisprudenza designa, nel caso degli organi pubblici, *«uno status che garantisce all'organo interessato la possibilità di agire in piena libertà rispetto agli organismi nei confronti dei quali deve essere garantita la sua indipendenza, al riparo da qualsiasi istruzione e pressione»*<sup>[56]</sup>.

Al fine di garantire una tale indipendenza, l'articolo 35, paragrafo 4, della Direttiva 2009/72/CE dispone, da un lato, alla lettera a), che detta Autorità *«sia giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato»*. Dall'altro lato, alla lettera b), punti i) e ii), l'articolo 35, paragrafo 4, enuncia requisiti per l'indipendenza del personale e delle persone incaricate della gestione della stessa Autorità, che *«devono agire indipendentemente da qualsiasi interesse commerciale e non devono sollecitare né accettare istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione»*. Peraltro, affinché l'indipendenza dell'Autorità nazionale di regolamentazione sia tutelata, l'articolo 35, paragrafo 5, lettera b), della direttiva 2009/72/CE richiede che i membri del comitato di tale Autorità o, in assenza di un comitato, il personale direttivo superiore della stessa siano nominati *«per un mandato prefissato compreso tra i cinque e i sette anni, rinnovabile una volta»*. In tali circostanze, gli Stati membri devono *«istituire un sistema di rotazione adeguato per il comitato o il personale direttivo superiore e tale comitato o tale personale direttivo superiore possono essere revocati durante il loro mandato soltanto se non rispondono più ai requisiti prescritti da detto articolo 35 oppure se hanno commesso un'irregolarità ai sensi della legge nazionale»*. Per rispettare tali requisiti, 'il potere di nomina e di revoca' del comitato dell'Autorità nazionale di regolamentazione o, in mancanza di un comitato, del personale direttivo superiore di tale Autorità deve essere *«inquadrate rigorosamente dalla legge ed essere esercitate sulla base di criteri oggettivi, chiaramente e tassativamente enumerati, e verificabili»*.

Tuttavia, ricorda la Corte, nessuna disposizione della Direttiva 2009/72/CE indica espressamente quali autorità degli Stati membri devono essere incaricate di nominare e di revocare i membri del comitato o il personale direttivo superiore dell'Autorità nazionale di regolamentazione ed in particolare il presidente di quest'ultima. Peraltro, a questo riguardo l'articolo 288 TFUE, nel disciplinare l'attuazione delle Direttive a livello nazionale, sancisce che gli Stati membri sono

obbligati a garantire la piena efficacia delle stesse, pur disponendo di un ampio margine discrezionale per quanto riguarda la scelta delle modalità e dei mezzi.

Sicché, gli Stati membri dispongono di autonomia istituzionale nell'organizzare e configurare le loro Autorità di regolamentazione ai sensi dell'articolo 35 della direttiva 2009/72/CE, che deve tuttavia essere esercitata nel pieno rispetto degli obiettivi e degli obblighi sanciti dalla Direttiva stessa<sup>[57]</sup>.

Di conseguenza, l'articolo 35 della Direttiva 2009/72/CE non vieta che il Governo di uno Stato membro possa nominare e revocare il presidente dell'Autorità nazionale di regolamentazione, purché, però, tale potere venga disciplinato e, quindi, esercitato in modo da garantire l'indipendenza di tale Autorità, ossia nel rispetto di tutti i requisiti prescritti. Conseguentemente, devono essere previste una serie di garanzie riguardanti la separazione giuridica e funzionale da altri soggetti pubblici o privati, durata del mandato, criteri oggettivi e verificabili per l'esercizio del potere di nomina e revoca.

Con riguardo alla partecipazione di rappresentanti ministeriali ai procedimenti di fissazione dei prezzi, la Corte per le medesime motivazioni, conclude che la stessa possa essere considerata legittima, purché venga rispettata l'indipendenza decisionale dell'Autorità. Quindi, deve essere garantito che i rappresentanti dei ministeri nazionali non possano servirsi della loro partecipazione ai suddetti procedimenti per esercitare una qualsivoglia pressione sull'Autorità o per impartire a quest'ultima istruzioni in grado di orientarne le decisioni nell'ambito dei relativi compiti e competenze. Inoltre, tale partecipazione ed, in particolare, i pareri formulati dai rappresentanti nel corso dei procedimenti non possono avere carattere vincolante, né in alcun caso essere considerati dall'Autorità di regolamentazione come istruzioni alle quali essa sia tenuta a conformarsi. Da ultimo, le norme relative alla partecipazione dei rappresentanti dei ministeri nazionali ai procedimenti relativi alla fissazione di prezzi non devono pregiudicare la portata delle decisioni dell'Autorità di regolamentazione, per esempio, non possono incidere sulla coerenza e la diretta applicabilità delle decisioni di tale Autorità, imponendo che dette decisioni siano, prima della loro attuazione, previamente accettate o autorizzate dagli stessi rappresentanti.

Tutto ciò premesso, ad ogni modo, nel caso di specie, la Corte decide di non valutare direttamente il complesso delle disposizioni nazionali che, secondo il Governo, garantirebbero l'indipendenza nel rispetto dei summenzionati requisiti

indicati dall'art. 35, ma rimanda alla valutazioni al giudice del rinvio.

#### **4. Conclusioni**

L'autonomia istituzionale emerge dalla struttura stessa dell'Unione, sulla scorta dei principi e dei criteri che regolano i rapporti tra quest'ultima e gli Stati membri, nonché fra diritto interno ed europeo.

Il principio è espressione generale del rispetto della Sovranità nazionale nei suoi aspetti più essenziali. Come abbiamo visto, infatti, la struttura 'costituzionale' del Trattato garantisce in capo agli Stati membri le scelte relative lato sensu all'esercizio e alla disciplina del potere pubblico, le scelte relative all'organizzazione costituzionale ed amministrativa, anche nel caso in cui queste scelte riguardino l'attuazione del diritto europeo derivato.

Ciò sulla base di alcuni presupposti fondamentali: il primo, è che l'ambito dell'organizzazione interna, costituzionale ed amministrativa, così come l'esercizio del potere pubblico sono, in linea di principio, irrilevanti per il diritto europeo; il secondo è, evidentemente, il principio di sussidiarietà; inoltre, non deve dimenticarsi che i responsabili dell'adempimento degli obblighi del diritto europeo sono gli Stati membri, essendo, invece, irrilevante l'assetto organizzativo e il riparto di competenze interne.

Proprio perché l'autonomia istituzionale si fonda sulle regole e principi che disciplinano i rapporti tra Stati membri ed Unione, lo stesso 'non può essere un principio assoluto'.

Dall'analisi del testo 'costituzionale' e della giurisprudenza, emerge come il principio di autonomia istituzionale trovi il suo limite in altrettanti principi che caratterizzano la struttura dell'ordinamento europeo (e non solo).

Ad ogni modo, a ben guardare, volendo identificare un limite generale all'autonomia istituzionale degli Stati membri, questo è rappresentato dal principio dell'«effetto utile del diritto europeo», ossia il principio in base al quale gli Stati membri devono garantire che il diritto comunitario addivenga ad una 'piena ed uniforme' esplicazione dei suoi effetti.

In altre parole, nell'ambito del contesto europeo, esiste un limite intrinseco al principio di autonomia istituzionale, rappresentato dal raggiungimento degli obiettivi del Trattato.

La libertà degli Stati membri, intesa nel senso sopradescritto, non può svolgersi in contrasto con l'interesse alla costruzione del progetto europeo e, quindi, con la garanzia della relativa attuazione effettiva.

Questa linea di confine tra ciò che è legittimo ed illegittimo, tra la tutela di interessi nazionali ed interessi europei è di difficilissima definizione ed il compito di tracciarla spetta, come sempre, alla Corte di giustizia, sulla base del noto principio di proporzionalità<sup>[58]</sup>, in particolare con riferimento al parametro della c.d. necessità o necessità<sup>[59]</sup>.

Questo bilanciamento di interessi e questo continuo sforzo di equilibrio è particolarmente evidente con riguardo alla Autorità amministrative indipendenti, la cui istituzione viene imposta (soprattutto) per garantire l'integrazione dei mercati di riferimento, e la cui organizzazione viene lasciata agli Stati membri entro limiti che sono appunto disegnati dall'esigenza di garantire l'effetto utile del diritto europeo.

In questo senso, anche un'Autorità di nomina governativa può essere considerata indipendente e compatibile con il diritto europeo, purché vengano individuati dei limiti 'oggettivi'. Questo sul presupposto che lo stesso concetto di 'indipendenza' abbia, in realtà, una valenza 'funzionale'<sup>[60]</sup> al raggiungimento di specifici obiettivi, secondo uno schema che caratterizza l'intero diritto europeo<sup>[61]</sup>, dove l'impresa rappresenta l'ambito di rilevanza soggettiva delle regole del mercato, contrapposta all'ambito del pubblico che è escluso dalla relativa applicazione, ovvero dove alcuni soggetti (ad esempio le amministrazioni aggiudicatrici) vengono qualificati come 'pubblici', poiché in difetto di tale qualificazione verrebbe elusa l'applicazione della normativa considerata. La funzione e le conseguenze di questa qualificazione però non travalicano il ristretto ambito della normativa stessa<sup>[62]</sup>.

Anche con riguardo al concetto di 'indipendenza', può giungersi alla stessa conclusione. La relativa interpretazione fornita dalla Corte può non coincidere con quella nazionale, ed è il frutto di un delicato equilibrio tra il rispetto dell'autonomia istituzionale degli Stati membri e il raggiungimento degli obiettivi delle normative considerate.

1. Per un'analisi più esaustiva, ci sia consentito rinviare a, M. Lottini, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli,

- Torino, 2017.
2. Inter alia: sentenza del 19 febbraio 2002, *Wouters*, C-309/99, EU:C:2002:98; sentenza del 17 settembre 2015, *KPN BV*, C-85/14, EU:C:2015:610; sentenza del 28 febbraio 2018, *Sporting Odds Ltd*, C-3/17, EU:C:2018:130.
  3. A titolo d'esempio, l'undicesimo Considerando della Direttiva 2002/21/CE, 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, GUE L 108 del 24.04.2002.
  4. In argomento, D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli stati membri dell'Unione Europea: «Paradise Lost?»*, Giappichelli, Torino, 2009.
  5. A. Massera, *I principi generali*, in M. P. Chiti e G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, II ed. 2007, Giuffrè, Milano, I, p. 287, 292.
  6. L.M. Diez-Picazo, *What does it mean to be a State*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 12, 4, p. 655, 657.
  7. G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 22.
  8. Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger, presentate il 19 settembre 1996, nella causa *Sutton*, C-66/95, EU:C:1996:336, par. 65.
  9. J.A. Fuentetaja Pastor, *Hacia una gobernanza administrativa europea*, in *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2009, 16, 89, 93-94.
  10. M. Verhoeven, *The 'Costanzo obligation' and the principle of national institutional autonomy: supervision as a bridge to close the gap?*, in *Review of European administrative law*, 2010, 3, 1, p. 23, 24.
  11. X. Arzo Santisteban, *La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión europea : mito y realidad*, in *Revista de administration pública*, 2013, p. 159.
  12. L.M. Diez-Picazo, *What does it mean to be a State*, *cit.*, p. 657.
  13. Cfr., a questo proposito, Arzo Santisteban che indica il riconoscimento del principio di autonomia istituzionale come espressione della 'Sovranità degli Stati membri', e come 'contropartita' dei principi di primazia e dell'effetto diretto del diritto europeo. X. Arzo Santisteban, *op. cit.*, nota 38.
  14. In argomento, cfr., G. della Cananea, *Beyond the State: the europeanization and globalization of procedural administrative law*, in *European public law*, 2003, 9, 4, p. 563.
  15. Si vedano, in particolare gli artt. 101 e ss. TFUE
  16. Cfr., a questo proposito, a mero titolo d'esempio, la sentenza del 12 dicembre 2013, *Ministero dello Sviluppo economico e Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori*, C-327/12, EU:C:2013:827, al cui paragrafo 27, viene ricordato che «*la nozione di impresa rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo, comprende qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento. Sicché, è economica qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, mentre sono non-economiche le attività che si ricollegano all'esercizio di pubblici poteri*». Cfr., ancora la sentenza del 12 luglio 2012, *Compass-Datenbank*, C-138/11, EU:C:2012:449.
  17. In argomento, cfr., la sentenza del 17 marzo 2011, *Josep Peñarroja Fa*, cause riunite

- C-372/09 e C-373/09, EU:C:2011:156.
18. Conclusioni dell'Avvocato Generale Mayars, presentate il 28 maggio 1974, nella causa *Reyners*, C-2/74, EU:C:1974:59, par. 3.
  19. Su quest'argomento, cfr., A. Massera, *I principi generali*, in M. P. Chiti e G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, II ed. 2007, Milano, Giuffrè, I, p. 287, 293.
  20. Sul principio di proporzionalità nell'ambito del diritto europeo ed oltre, cfr., D.U. Galetta, *General principles of EU law as evidence of the development of a common European legal thinking: the example of the proportionality principle (from the Italian perspective)*, in H-J. Blanke, P. Cruz Villalón, T. Klein, J. Ziller, *Common European legal thinking. Essays in honour of Albrecht Weber*, Springer, Heidelberg/Dordrecht-London-New York, 2016, p. 221.
  21. In linea di massima, la normativa comunitaria del mercato ha come limite alla sua applicazione la rilevanza puramente interna dell'attività interessata. Le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione e concorrenza non possono essere applicate 'ad attività in cui tutti gli elementi sono ristretti localmente all'interno di un solo Stato membro'. Sicché, l'organizzazione costituzionale ed amministrativa, le modalità procedurali ed organizzative dell'esercizio del potere pubblico, sono in linea di massima, questioni di rilevanza puramente interna, salvo che non vadano ad incidere sull'applicazione del diritto europeo.
  22. In questo senso, F. Becker, *Application of Community law by member States' public administrations: between autonomy and effectiveness*, in *Common market law review*, 2007, 44, 4, p. 1035, 1036.
  23. Sul tema della complessità dei meccanismi di attuazione del diritto europeo, cfr., H.C.H. Hofmann, *Seven challenges for EU administrative law*, in *Review of European administrative law*, 2009, 37, 2, p. 40.
  24. Secondo l'art. 4, n. 3, 2 TUE: gli «Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad 'assicurare l'esecuzione' degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione (...)». All'art. 291, n. 1 TFUE, si prevede che: «gli Stati membri adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione (...)». L'art. 197 TFUE riconosce come l'attuazione del diritto europeo sia devoluta agli Stati: «l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune».
  25. Il termine 'effettività' «concerne sia l'esigenza 'dell'effetto utile dell'effetto diretto', per le norme comunitarie dotate di questo attributo, sia l'esigenza di piena esplicazione dei loro effetti per quelle norme comunitarie rispetto a cui, invece, non si possa parlare di effetto diretto». D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradise lost?, cit.*, p. 21. In argomento, cfr., ancora Accetto e Zleptnig che qualificano l'effettività come: «a governing principle, or primary obligation, of Community law». M. Accetto e S. Zleptnig, *The principle of effectiveness: rethinking its role in community law*, in

*European public law*, 2005, 11, 3, p. 375.

26. A questo proposito, è interessante notare che la Direttiva servizi del 2006 (art. 6, n. 1) impone agli Stati membri di istituire dei punti di contatto denominati 'sportelli unici' dove i prestatori di servizi possono espletare tutte le procedure e le formalità necessarie per poter svolgere le loro attività. Salvo specificare che: «*l'istituzione degli sportelli unici non pregiudica la ripartizione di funzioni e competenze tra le autorità all'interno dei sistemi nazionali*» (art. 6, n. 2). Direttiva **2006/123/CE**, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, GUE L 376, del 27.12.2006.
27. Come, per esempio, la normativa relativa al mutuo riconoscimento dei diplomi. Direttiva 2013/55/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, recante modifica della Direttiva 2005/26/CE2 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, GUE L 354/132 del 28.12.2013.
28. G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 95, nota 1.
29. Per un'analisi dell'art. 114, cfr., T.M. Moschetta, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Cacucci, Bari, 2018.
30. Sentenza del 9 agosto 1994, *Germania/Consiglio*, C-359/92, EU:C:1994:306.
31. L'art. 8, n. 3, della Carta di Nizza, prevede, per esempio, che il rispetto delle norme sulla protezione dei dati personali sia soggetto al controllo di Autorità indipendenti. Dello stesso tenore, l'articolo 16, n. 2, TFUE.
32. Per esempio, vengono imposti specifici obblighi di consultazione. In argomento, F. Bignami e S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, (Quaderni della Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 1), Giuffrè, Milano, 2004. Nel caso delle Autorità in oggetto, vengono anche individuati articolazioni interne preposte a facilitare il collegamento di questi soggetti con gli omologhi di altri Stati membri o con le istituzioni comunitarie. Cfr., in argomento, M.P. Chiti, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in M.P. Chiti e G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 415.
33. Presentate il 22 giugno 2010, C-389/08, EU:C:2010:360.
34. Sentenza del 6 marzo 2008, C-82/07, EU:C:2008:143.
35. Sentenza del 3 dicembre 2009, C-424/07, EU:C:2009:749.
36. In argomento, cfr., G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna 2005, pp. 97 e ss.
37. Sul questo tema, inter alia, G. Vesperini, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi*, cit., pp. 96 e ss; R. Perez, *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche e ordinamento nazionale*, in R. Perez (a cura di), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 1 e ss.
38. Sentenza del 9 marzo 2010, C-518/07, EU:C:2010:125.
39. *Ibid.*, par. 25.
40. Parr. 25 e 26.

41. Sentenza del 27 ottobre 1993, C-69/91, EU:C:1993:853.
42. Nel senso di distinzione tra regolazione e gestione.
43. Art. 39 della Direttiva 2009/73/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE, GUE L 211/94 del 14.08.2009. Dello stesso tenore, l'art. 35 Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, L 211/55 del 14.8.2009. In argomento, cfr., il successivo paragrafo.
44. A. Ottow, *The different levels of protection of national supervisors' independence in the European landscape*, in S. Comtois e K. de Graaf, *On judicial and quasi-judicial independence*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2013, p. 139.
45. S. Lavrijssen e A. Ottow, *Independent supervisory authorities: a fragile concept*, in *Legal issues of economic integration*, 39, 4, p. 419.
46. La dottrina italiana mette in evidenza che: «*la Costituzione italiana prefigura un'amministrazione imparziale, ma non un'amministrazione indipendente. L'amministrazione deve essere organizzata e deve agire in modo da assicurare l'imparzialità, ossia una considerazione equanime degli interessi in gioco (art. 97 Cost.); ma, nello stesso tempo, è legata ad un governo che 'mantiene l'unità di indirizzo politico e amministrativo' ed è articolata per ministeri, strutture dei cui atti i ministri sono 'individualmente responsabili' (art. 95). (...) A questo schema dell'amministrazione dipendente la Costituzione apporta due deroghe. La prima è costituita dalle autonomie territoriali (...). Autonomi perché dispongono di una propria legittimazione che deriva dalla investitura elettiva dei propri organi. La seconda deroga riguarda il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti (art. 100)(...). In questo secondo caso, non è la natura dell'investitura che giustifica l'indipendenza, ma il contenuto dei compiti assegnati. A ben guardare non sono diverse le ragioni che giustificano l'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti. È una indipendenza che viene reclamata dalla natura delle funzioni e che trova nella Costituzione un termine di riferimento: anche se l'art. 100 non parla di autorità indipendenti, ma riguarda solo degli antichissimi istituti nati prima dello Stato unitario. (...) Ad ogni modo, (...) una copertura costituzionale appare necessaria. Solo così può giustificarsi la deroga al principio della responsabilità ministeriale consacrato dall'art. 95*». M. Clarich, G. Corso e V. Zeno-Zencovich, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, in <http://eprints.luiss.it/>.
47. La dottrina della 'ministerial responsibility' rappresenta la pietra miliare della Costituzione britannica, in relazione alla quale si sono costituiti la struttura del Governo, le procedure parlamentari e le relazioni costituzionali che sono alla base del relativo concetto di Stato. Cfr., in questo senso, C. Turpin, *Ministerial responsibility*, in J. Jowell e D. Oliver, *The changing constitution*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 109.
48. Sul tema della mancanza di legittimazione democratica delle Autorità, cfr., G. Pericu, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 1996, p. 1. Sul procedimento partecipativo inteso come fattore di



- democratizzazione dell'operato delle Autorità, correttivo del deficit di legittimazione democratica, cfr., F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 24 e ss. Nonché, Cons. Stato, VI, 2 maggio 2012, n. 2521; ID., VI, 27 dicembre 2006, n. 7972; TAR Lombardia, sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1.
49. Sentenza del 16 ottobre 2012, C-614/10, EU:C:2012:631.
50. Parr. 42 e 43.
51. Sentenza dell'8 aprile 2014, C-288/12, EU:C:2014:237.
52. Par. 60.
53. Par. 54.
54. Cfr., sentenza del 13 giugno 2018, *Commissione/Polonia*, C-530/16, EU:C:2018:430, par. 86.
55. Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, L 211/55 del 14.8.2009.
56. Sentenza del 13 giugno 2018, *Commissione/Polonia*, C-530/16, EU:C:2018:430, par. 67.
57. Sentenza del 19 ottobre 2016, *Ormaetxea Garai e Lorenzo Almendros*, C-424/15, EU:C:2016:780, par. 30.
58. Su questa linea, J. A. Fuentetaja Pastor, *Hacia una gobernanza administrativa europea*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 16, 2009, p. 89, 94.
59. Su questo aspetto, cfr., D.U. Galetta, *General Principles of EU Law as Evidence of the Development of a Common European Legal Thinking: the Example of the Proportionality Principle (from the Italian Perspective)*, in H.J. Blanke, P. Cruz Villalón, T. Klein, J. Ziller (a cura di), *Common European legal thinking. Essays in honour of Albrecht Weber*, Springer, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2016, p. 221, 227 e ss.
60. M.P. Chiti, *The EC notion of public administration: the case of the bodies governed by public law*, in *European Public Law*, 2002, 473
61. Sul punto ci sia consentito rinviare a M. Lottini, *Il mercato europeo: profili pubblicistici*, Jovene, Napoli, 2010, passim.
62. G. Corso, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Organismi e imprese pubbliche. Quaderni della Rivista Servizi Pubblici e Appalti*, 1, 2004, 96.

## O que se passa com o Brexit?

*José Luís da Cruz Vilaça*

*Mentre il mantenimento dei diritti acquisiti dai cittadini UE residenti nel Regno Unito (e viceversa) prima del recesso è garantito dall'Accordo sul recesso firmato a gennaio, ed entrato in vigore il 1° febbraio 2020, il futuro delle relazioni tra UE e Regno Unito dipende del risultato dei negoziati in corso. Negoziati il cui esito rimane molto incerto, data la difficoltà di pervenire ad un accordo di libero scambio e sulla pesca; e data la recente iniziativa britannica di un disegno di legge presentato dal governo britannico stesso come un inadempimento parziale all'Accordo di recesso per quanto riguarda la circolazione delle merci tra Irlanda del Nord e UE. La tattica negoziale dell'attuale governo britannico - e in particolare del suo leader - è diventata però chiara: si tratta di mostrare i muscoli in vista del braccio di ferro che si terrà nelle prossime settimane. Sicché, in verità, un accordo commerciale equo e reciprocamente vantaggioso, e che al tempo stesso mantenga la pace sul fronte irlandese, duramente conquistata, è ancora possibile.*

*[What's up with Brexit?] While the preservation of rights acquired by EU citizens residing in the UK (and vice versa) prior to the withdrawal is ensured by the Withdrawal Agreement signed in January, and entered into force on 1 February 2020, the future of EU-UK relations depends on the outcome of the ongoing negotiations. The outcome of these negotiations remains very uncertain, given the difficulty of reaching a free trade and fisheries agreement, and given the recent British initiative of a bill presented by the British government itself as a partial breach of the Withdrawal Agreement in as far as the movement of goods between Northern Ireland and the EU is concerned. However, the negotiating tactics of the current British government - and of its leader in particular - have become clear: it is a question of the flexing of its muscles for the tug-of-war of the coming weeks. A fair and mutually beneficial trade agreement, while maintaining peace on the hard-won Irish front, is therefore still possible.*

## 1. Um acordo longe de mais?

Os alarmes soaram nos primeiros dias de setembro, e o Brexit voltou às primeiras páginas dos jornais. Com um ano consumido pelas notícias sobre a pandemia, este regresso surpreendeu. Mas se as negociações vinham a arrastar-se, foram as notícias sobre o Acordo de Saída – “Withdrawal Agreement” (W.A.) – a causar emoção.

Primeiro, David Frost, negociador por parte do Reino Unido (RU), disse numa entrevista rara que o país não será “Estado-cliente” da União Europeia (UE). Boris Johnson declarou o dia 15 de outubro data-limite para evitar uma saída sem acordo. E foi o Financial Times (FT) a dar a notícia sobre a lei do governo britânico que renegava aspetos específicos do WA, sobretudo relacionados com a Irlanda do Norte (IN).

As reações vieram de muitos lados, alguns improváveis, como a campanha de Joe Biden. A quebra da confiança causada pela denúncia unilateral de um tratado internacional, ou de partes dele, levou a Presidente da Comissão Europeia (CE), Ursula von der Leyen, a alertar para as consequências; David Sassoli, presidente do Parlamento Europeu (PE), sublinhou que a confiança é a chave do acordo para o futuro; o deputado europeu Christophe Hansen referiu o respeito pelo W.A. como “litmus test” das negociações.

Algumas nações britânicas – as “devolved nations”, Gales, Escócia e Irlanda do Norte –, chamam-lhe “assalto frontal à devolução” (Sturgeon, Ministra Principal da Escócia): Westminster “sacrifica o futuro da união através do roubo de poderes às *devolved administrations*”. E o secretário para a IN, Brandon Lewis, admitiu que os planos do governo violam a lei internacional “num modo muito específico e limitado”...

O que está em causa resume-se em meia dúzia de palavras: a proposta de lei do mercado interno britânico (“Internal Market Bill”) altera partes do W.A., tratado internacional vinculativo nos termos do direito internacional dos Tratados, no que se refere à IN.

Irá o RU violar obrigações assumidas há menos de 9 meses, pondo em causa qualquer hipótese de acordo comercial entre o RU e a UE após 31 de dezembro de 2020? Antigos PM britânicos Major e Blair indignaram-se, membros do partido conservador lembram que o respeito pelo primado da lei é um pilar

fundamental da identidade britânica, mas a proposta foi aprovada, em 2ª leitura, nos Comuns – parlamento britânico. Segue-se o debate em comissão e eventuais emendas, antes de uma decisão final.

## **2. Encontro de vontades entre o ru e a eu: o acordo de saída**

Começamos por recordar, em linhas gerais, o que está em causa no acordo assinado entre a UE e o RU em 24 de janeiro (veja-se aqui), que permitiu a saída deste no final desse mês.

- Prevê um período transitório até final de 2020, que pode(ria) ser prolongado por um ou dois anos se isso tivesse sido acordado entre as partes até fins de junho passado, o que não sucedeu. Portanto, e quanto às relações futuras entre RU e UE, tudo tem de ser definido a tempo de fechar um acordo que possa entrar em vigor a 1 de janeiro 2021.
- A parte I do acordo respeita a regras comuns, incluindo sobre a forma como o direito europeu deve ser interpretado pelos tribunais britânicos. Segue-se a proteção dos direitos dos europeus a residir no RU e dos britânicos residentes num dos 27 Estados-membros (EM). Regra geral: podem continuar a viver, trabalhar ou estudar no país de acolhimento, desde que tenham adquirido esse direito antes do final do período de transição.
- A parte III do acordo regula vários procedimentos, como: produtos no mercado no fim do período de transição continuam a circular livremente; o mandado europeu de busca e captura mantém-se, com limitações; as regras de proteção de dados europeias serão aplicadas no RU ao atual stock, até às UE determinar que as normas britânicas oferecem garantias equivalentes às da UE; aplicam-se as regras europeias aos concursos públicos em curso no final do período de transição.
- Com exceção da participação nas instituições e no processo de decisão, durante o período de transição o RU continua a ser tratado como um EM: mantém-se no mercado interno e na união aduaneira, no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e na Política Comum Europeia de Pescas, estas últimas o grande problema para o futuro. Pode participar em missões

européias militares e civis, sem as liderar; o quartel-general do EU NAVFOR SOMALIA, operação Atlante, por exemplo, passou de Northwood, UK, para Rota, Espanha.

- A parte V visa o cumprimento das obrigações financeiras assumidas pelo RU enquanto membro da União. Inclui os prazos e condições dos pagamentos.
- O W.A. estabelece a organização do acordo, estando a respetiva interpretação entregue a um Comité Conjunto de natureza consultiva, com recurso para um painel arbitral em caso de falta de acordo (um “dispute settlement mechanism”). As decisões deste são obrigatórias para as partes. E o acordo, ou partes dele, pode ser suspenso de forma proporcionada, com exceção dos direitos dos cidadãos.
- O grande problema decorre sobretudo do protocolo sobre a IN. Vejamos em que consiste: essencialmente, evita uma fronteira na ilha da Irlanda (entre as duas Irlandas) após o final do período de transição, protege o Acordo de Sexta-Feira Santa (“Good Friday Agreement”), salvaguarda a integridade do mercado interno e mantém a IN no mercado britânico. Para tal, a IN continuará alinhada com um conjunto limitado de regras europeias em questões de natureza regulatória relacionadas com o IVA; direitos alfandegários; regras sobre produtos, padrões alimentares, controlos veterinários e sanitários (SPS), produtos agrícolas, Ajudas de Estado. O mercado único da eletricidade na ilha será preservado. Exemplos: um produto que sai da Grã-Bretanha, obedece às formalidades que o RU determinar; ao chegar à IN aplicam-se as regras europeias, incluindo declarações e controlos. As autoridades britânicas aplicam as regras, mantendo a UE, incluindo o Tribunal de Justiça europeu, direito de supervisão.

A segurança alimentar, SPS e os produtos industriais com grau de risco de entrar no espaço da União, serão objeto de controlos nos pontos de entrada. Aplica-se a taxa aduaneira europeia quando os produtos possam vir a entrar na UE via fronteira da Irlanda. E aplica-se a legislação europeia em matéria de IVA quando houver acesso à UE. No outro sentido, as exportações da IN para a GB cumprem as formalidades europeias. O RU determina as condições de entrada.

A “governança” do acordo assenta no W.A. Joint Committe (J.C.), que continuará a funcionar durante o tempo necessário. O protocolo para a IN aplica-se após o período de transição caso um (eventual) acordo comercial não o substitua. E pode ter duração limitada: o mecanismo de “consentimento” prevê que a Assembleia da IN (“Stormont”), após 4 anos de aplicação (e depois, a prazos regulares), possa decidir (por maioria simples) não o manter.

Outros aspetos relevantes deste protocolo, no que respeita à IN: continuam a aplicar-se as regras europeias sobre liberdade de circulação, o compromisso de não diminuição dos direitos decorrentes do Acordo de 1998 e a cooperação norte-sul em várias áreas.

### **3. Porquê o impasse? E pode a nova lei britânica, sendo aprovada, impedir um acordo para o futuro?**

A acompanhar o W.A. está uma declaração política sobre a relação futura. Convém não esquecer que o período de transição foi acordado sobretudo para permitir que os termos dessa relação pudessem ser discutidos em profundidade e com ponderação; estava mesmo previsto que pudesse ser alargado, mas o PM britânico apressou-se a dizer que prescindia desse alargamento, que não poderá já ter lugar.

Ao anunciar com pompa e muita circunstância que não cumprirá, unilateralmente, partes do W.A., através de uma lei que o Parlamento britânico teria de aprovar (já o fez, na Câmara dos Comuns, em 2ª leitura), o governo criou um obstáculo a um acordo satisfatório para o futuro.

Mas o que está então em causa?

A nova lei - “Internal Market Bill” (IMB ou Bill) - regula o mercado interno do RU. Transfere poderes para as quatro nações do RU em áreas como os padrões alimentares, sanitários e outras, e harmoniza regras de supervisão e controlo. Cria um Gabinete para avaliar as condições em que a regulação se fará, propondo regras de reconhecimento mútuo entre as administrações “devolvidas” (o que está a ser muito criticado pelos responsáveis dessas administrações).

A lei do mercado interno consagra o acesso irrestrito dos produtos da IN ao mercado britânico, limitando o controlo europeu. E restringe a aplicação das regras europeias sobre ajudas de Estado (será o RU a decidir em que condições é

obrigatório notificar a EU, contrariando o W.A.). Ambos os pontos infringem o previsto no acordo.

Por outro lado, e de acordo com o FT, na lei das Finanças (“Finance Bill”), instrumento jurídico de apresentação do orçamento do país que será apresentado em outubro, estará previsto que o RU defina os produtos da GB a entrar na IN que podem ser considerados “em risco de entrar no mercado interno europeu”, sujeitos à tarifa europeia.

Para complicar mais o cenário, sensivelmente na mesma altura em que estas informações vieram a público, Boris Johnson anunciou que as negociações devem estar concluídas até 15 de outubro (data do Conselho Europeu), sob pena de não haver acordo. Isto é, estabelece um prazo, ao mesmo tempo que lança a confusão sobre o acordo de saída, anteriormente assinado pelas partes, e que é, como os líderes europeus, de Von der Leyen a Merkel e Macron, se apressaram a sublinhar, condição *sine qua non* da realização do acordo para o futuro. Até como tática negocial é excessivo...

As negociações sobre o futuro das relações entre o RU e a UE após o final do período de transição, em 31 de dezembro, têm estado paralisadas sobretudo em torno de dois assuntos – pescas e ajudas de Estado. Essa paralisação impede que se avance noutras matérias. A nova situação complica o desbloqueio dos principais pontos de desentendimento, tendo-se concluído as rondas negociais recentes sem qualquer avanço relativamente a um possível acordo de comércio livre.

A UE reagiu rapidamente ao plano britânico: o vice-presidente da Comissão Maroš Šefčovič (co-presidente do J.C.) deu ao governo britânico um prazo até ao final do mês para rever a legislação em causa. Michael Gove respondeu dizendo que o RU não dará resposta ao ultimato. E a Comissão ameaça usar todos os meios legais disponíveis face à violação do direito internacional.

Não julgamos que se chegue a tanto. Um processo de litigância desta natureza duraria anos e é de difícil e incerto desfecho. Antes disso, tornar-se-ia, aliás, inútil, já que as relações futuras teriam de ser definidas, por ação ou inação.

A verdade é que a lei britânica terá dificuldades em passar o crivo parlamentar britânico. A reação das administrações das outras nações britânicas – em particular Escócia e Gales – foi muito negativa. Dos EUA chegam, vindos do campo democrata, avisos e preocupação e Nancy Pelosi afirma que não haverá acordo comercial RU-EUA em caso de violação do direito internacional.

Entretanto, o IMB foi aprovado em 2ª leitura nos Comuns, mas com número considerável de abstenções e votos contra de relevantes membros dos “tories” (num total de 32). Na próxima semana se saberá que emendas serão aprovadas, sendo relevante a de Bob Neill, antigo ministro e presidente da comissão parlamentar de justiça, que obriga o governo a apresentar as medidas polémicas sobre a IN perante os Comuns apenas em caso de absoluta necessidade, perante o falhanço das negociações, por exemplo, e sujeitas a votação na câmara. Mas se Johnson tem uma maioria confortável nos Comuns, nos Lordes a situação é diferente e mesmo a emenda Bob Neill pode não ser suficiente para fazer passar a lei.

A União podia ter reagido ao anúncio das “possíveis” violações do acordo de saída suspendendo ou terminando as negociações comerciais. Não o fez, apesar dos avisos sobre a importância da confiança e respeito pela palavra dada. No fundo, parece aguardar que o RU dê os próximos passos, seguindo com particular atenção o processo parlamentar britânico. Um acordo de comércio livre sem que o W.A. seja respeitado dificilmente passará no Conselho Europeu e, sobretudo, no Parlamento Europeu.

Em resumo, nada está decidido, nem num sentido nem noutro. As táticas negociais do atual governo britânico, e em particular do seu líder, ficaram claras no processo que, no ano passado, levou à conclusão do acordo de saída – agora em causa.

Na nossa opinião, tudo pode não passar de um contrair de músculos para o braço de ferro cujo desfecho ocorrerá nas próximas semanas. Um acordo comercial justo e benéfico para ambas as partes, que mantenha ao mesmo tempo a paz na frente irlandesa, tão duramente conquistada, ainda é possível.

Mas não é fácil.



## Brexit: to have or not to have a deal? (first episode)

*Jacques Ziller*

*The Withdrawal agreement, which regulates the status of citizens settled before 1 February 2020 is ensuring the continuation of EU citizen's rights to free movement and residence in the UK ad vitam and vice-versa for the UK citizens settled in the EU. Whether there will be one or more other binding agreements on free trade and other issues between the UK and the EU to enter into force on 1 January 2021 so as to avoid a very damageable "hard Brexit" depends on variables that escape rationality and are therefore unpredictable.*

*[Brexit: avere o non avere un accordo? (prima puntata)] L'accordo di recesso, che regola lo status dei cittadini stabilitisi prima del 1° febbraio 2020, garantisce il mantenimento ad vitam dei diritti di libera circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'UE nel Regno Unito e viceversa per i cittadini britannici stabilitisi nell'UE. Se ci saranno uno o più altri accordi vincolanti sul libero scambio e altre questioni tra il Regno Unito e l'UE che entreranno in vigore il 1° gennaio 2021 per evitare un "hard Brexit" molto dannoso dipende da variabili che sfuggono alla razionalità e sono quindi imprevedibili.*

### **1. Why Deals Matter**

At the time of writing (29 November 2020) it is not possible to say whether or not the negotiations between the United Kingdom and the European Union (EU) that began in February of this year will have a positive outcome, i.e. whether or not there will be an agreement on relations between both parties which can enter into force on 1 January 2021. This date is crucial as on 31 December at midnight ends the transitional period during which EU law continued to apply to the United Kingdom as it did before withdrawal - with the

exception of institutional provisions.

Since 1 February 2020 the United Kingdom is not any more a Member State of the EU and that is why it does not have anymore representatives in the institutions, bodies, offices and agencies of the EU and does not participate any more in its decision making system. However, on the basis of the Withdrawal agreement that entered into force on 1 February 2020<sup>[1]</sup> until the end of 2020, the UK is a full member of the customs union<sup>[2]</sup> and internal market: the free movement of goods, persons, services and capital is ensured, the competition rules still apply; the same is true of all policies other than the monetary policy and those policies rules regarding the absence of internal border controls for persons and shall frame and the common policy on asylum, immigration and external border control of which the UK was exempted according to Protocol (N° 21) on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice.

At the moment of its entry into force, the Withdrawal agreement became a fully fledged international treaty between the UK on one side and the EU on the other. It will remain into force indefinitely, subject to the rules codified by the Vienna Convention on the Law of the Treaties such as in Article 62 on fundamental change of circumstances. All those provisions of the Withdrawal agreement, which are not strictly dedicated to the withdrawal itself and to the transition period will remain in force and hence the UK should keep a very special relationship wit the EU whatever happens.

For the rest general international law will apply, as well as the treaties to which both the UK and EU are parties, such as the General Agreement on Tariffs and Trade, the Agreement establishing the World Trade Organisation, the Trade-Related aspects of Intellectual Property rights etc., which are usually referred to as WTO rules, and a very important number of multilateral treaties in fields such as environment protection and climate change etc.

Whatever happens, the relationships between the UK and the EU and its Member States will continue to be regulated by international law – treaty and customary law as well as general principles of international law – and submitted to the governance and dispute resolution mechanisms of international law. So why negotiate another deal? Both the EU and the UK have agreed in the Political declaration<sup>[3]</sup> that was signed on 24 January 2020 together with the Withdrawal

agreement that they were *«determined to work together to safeguard the rules-based international order, the rule of law and promotion of democracy, and high standards of free and fair trade and workers' rights, consumer and environmental protection, and cooperation against internal and external threats to their values and interests»* and therefore to establish *«an ambitious, broad, deep and flexible partnership across trade and economic cooperation with a comprehensive and balanced Free Trade Agreement at its core, law enforcement and criminal justice, foreign policy, security and defence and wider areas of cooperation»*.

In the Absence of a specific free trade agreement (FTA) between the UK and the EU only the WTO rules will apply, which means amongst others that the customs duties and quantitative restrictions to trade as applied between WTO members will apply to the trade of goods and services between both parties, which would imply supplementary costs for both consumers and businesses, sometimes very important ones. Furthermore, as soon as standards for environmental protection, health, safety, security etc. as well as technical standards will be modified either in the EU or in the UK the resulting regulatory divergence will create new impediments to trade.

For the rest of EU policies in which the UK participated, the interdependence due to interlacing of public and private actors in more and more institutionalised networks will break apart with regulatory divergence and if the UK does not participate any more in important governance mechanisms.

The lack of deal(s) between both parties on all those issues will create legal uncertainty, which will be damageable to citizen's businesses, associations etc. as long as new sectorial rules will not be commonly agreed. In all those fields where there are no international agreements between on the one side the UK and on the other the EU or its Member States legal uncertainty will be much higher than in the relations with other non-EU States.

## **2. The Deal in Force: the Withdrawal Agreement**

Whatever happens in the next weeks, deal or no deal, the first deal - the one which was agreed to in 2019 by the European Council and European Parliament as well as the governments led by Teresa May and Boris Johnson - will remain into force: the Withdrawal Agreement.

It is worthwhile stressing that the only change between the text agreed to by Teresa May and the one signed by Boris Johnson regards the mechanism to ensure that no border controls will have to be organised between Northern Ireland and the rest of Ireland. In the version agreed to by Teresa May, but which did not get the necessary support in the House of Commons, the technical solution to the difficulties arising from the necessity to establish customs controls between EU and UK – even without customs duties – was postponed to the negotiations that would start after withdrawal, with a safety clause (backstop) in case no agreement could be reached. Advocates of a “hard Brexit” used this clause as a pretext to refuse the agreement, which the opposition parties also refused because it was promoted by the coalition supporting Teresa May. Instead of the ‘backstop’ the Protocol of Ireland therefore contains a complex mechanism, which in practice means that customs control have to be made on British soil for goods whose final destination is not Northern Ireland before crossing the Irish sea. What was presented by Boris Johnson as a big victory in practice creates a border between Northern Ireland and England, Scotland and Wales; and the British Prime Minister is at pains explaining this.

The Withdrawal agreement itself is in the long run more important than the protocols on Ireland, Gibraltar and the UK sovereign basis in Cyprus. Whereas the latter are mainly concerned with keeping a smooth circulation of goods and persons between some UK and EU territories, the provisions of the Withdrawal agreement that are not only managing withdrawal establish the permanence of a very specific status of the UK with regard to EU law. To cut a long story short, the rights of EU citizens which were settled in the UK and of UK citizens which were settled in the EU on 31 January 2020 will remain the same as they were under EU law before that date *ad vitam*: the right to move and reside freely within the territory of the EU member states and the UK, as guaranteed by primary and secondary EU law, first and above all by Directive 2004/38<sup>[4]</sup>. In order to avoid divergence in the interpretation of those provisions, the Withdrawal agreement furthermore provides for the possibility for UK courts to continue making referrals for preliminary rulings to the Court of Justice of the EU until 31 December 2028.

Whatever happens in the next weeks the rights of settled citizens will thus not change. As for UK citizens who settle in the EU as of 1 February 2020, they will

be submitted to Member States' and EU legislation on citizens of third states, amongst which Directive 2003/109 on long term residents<sup>[5]</sup> from five years after they settle. EU citizens who want to settle in the UK will be submitted to the new UK legislation which will establish a points-based system of migration. Ongoing negotiations are not dealing with the matter, and it is therefore probable that the situation of EU citizens with regard to immigration in the UK will be worse than that of a number of citizens of other States with which the UK will have a special agreement. Irish citizens are protected by longstanding agreements with the UK.

### **3. The Deals to Come: Implementing the Political Declaration**

The current negotiations, which started at the beginning of February 2020 and were considerably slowed down by the Covid-19 pandemic, are supposed to provide for one or more agreements to implement the Political declaration, i.e. an FTA and a series of sectorial agreements which could be contained in a sole treaty or in more different ones.

If the negotiations were successful in the next days, it seems at first sight that there will not be a single partnership agreement between the UK and the EU, because some of the sectors concerned will necessitate one or more “mixed-agreements” that need to be ratified not only by the UK and the EU, but also by all EU Member States; such ratifications are impossible to happen before 31 December 2020.

This being said, a technical solution exists, provided there is good will and trust. As has happened with the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the EU, which is a mixed agreement that has already been ratified by Canada, the EU and nine out of twenty-seven Member States and thus has not yet entered into force. As codified in Article 25 of the Vienna Convention on Provisional application, the CETA contains clauses on provisional application in order to prepare for its entry into force. Any Agreement between the EU and the UK could contain clauses on provisional application, especially maintaining the zero duties and zero quantitative restrictions that are applying to movement of goods until 31 December, as well as provisions on governance.

It has to be stressed that, with or without a deal, customs controls will have to be established as soon as possible after 1 January, be it only because goods coming from third countries that are in free circulation will have to be dealt with.

According to Article 29 TFEU: «*Products coming from a third country shall be considered to be in free circulation in a Member State if the import formalities have been complied with and any customs duties or charges having equivalent effect which are payable have been levied in that Member State, and if they have not benefited from a total or partial drawback of such duties or charges*». This means that Chinese or US products, for instance, that are imported into the UK have to pay duties to the UK customs (or vice-versa for the EU); duties levied in EU ports, airports and other points of entry are transferred by the Member State customs administration to the Commission because they are traditional own resources of the EU budget. Hence if goods enter the UK from third countries two techniques are available: first, the UK authorities do not levy duties, and grant free circulation to the border so that duties will be levied when the good enters the EU territory: this needs border controls. Alternatively, the UK authorities will levy duties and pay them to the European Commission. In both cases, the issue about goods transiting in Great Britain whose final destination is Ireland is an especially difficult one.

An infringement procedure has been started by the European Commission against the UK on 7 March 2019 in case C-213/19 because «*by failing to enter into the accounts the correct amounts of customs duties and to make available the correct amount of traditional own resources and VAT-based own resources in respect of certain imports of textiles and footwear from the People's Republic of China, the United Kingdom*» the UK authorities have generate a loss to the EU budget of: «*EUR 496,025,324.30 in 2017 (until 11 October 2017 included); EUR 646,809,443.80 in 2016; EUR 535,290,329.16 in 2015; EUR 480,098,912.45 in 2014; EUR 325,230,822.55 in 2013; EUR 173,404,943.81 in 2012; EUR 22,777,312.79 in 2011.* » The date of the hearing has been set to 8 December 2020. If the Commission is right, there are only three possible explanations to what happened: corruption of UK customs agents, intentional action of the Government led by David Cameron, or lack of human resources and the consideration that the relevant action was not a priority – my assumption that the latter is the relevant explanation.

This infringement procedure turns the spotlight on the essential ingredient for agreeing on a deal and then managing it: trust. If, retrospectively, the Cameron government cannot be trusted on the management of frontiers, what about the Johnson government?

#### **4. What if There Is No Further Deal: Trust and the Blame Game**

As far as information is available, the substance of an agreement between the UK and the EU exists in the shape of a fully fledged text, with final provisions missing only on three issues. The first and foremost issue is the so-called “level playing field” provisions that are foreseen by the Political declaration. What is at stake is avoiding regulatory divergence between the EU and the UK on the substance of regulation applying to goods and services, including competition rules, especially those on State aids according to Article 107 TFEU. The EU demands written binding provisions on substance and governance, but the UK government insists that binding provisions are not respecting sovereignty and that a gentleman’s agreement on the matter is sufficient. The second issue is that of fisheries: the EU wants a pluriannual arrangement keeping access from EU fishers to UK waters and vice-versa; the UK government says it will review fishing rights every year. The third issue is that of governance, especially dispute resolution: the EU wants a system whereby any issue involving the interpretation of EU law will have to be dealt with by a mechanism involving the CJEU – such as the one included in the EU-Ukraine association agreement, for instance; the UK does not want the CJEU to be involved.

In a reason driven world, it is quite feasible to come to some kind of compromise on the three issues. This, however, means that the EU institutions have to trust the UK government, of which several ministers have declared recently that the UK would legitimately breach to a certain extent the Withdrawal agreements if it were necessary to avoid the EU blocking goods essential to its population to enter the Northern Ireland territory... .

At the end of the day, what will matter is the choice made by Prime Minister Boris Johnson and his cabinet after the last round of negotiations between Michel Barnier for the EU and David Frost for the UK. As Barnier always said

during the negotiation of the Withdrawal agreement «*The clock is ticking*»... .

One very interesting opinion, worthwhile quoting, is that of former MEP Brendan Donnelly published on 25 November<sup>[6]</sup>: «*Given the poor preparation for the new Brexit formalities at the beginning of 2021, it now seems unavoidable that in the first half of next year there will be considerable and photogenic disruption in and around the ports linked closely to continental Europe. If Johnson has signed an agreement which can be seen to have facilitated this confusion, he will find it hard to escape widespread criticism for his role in the ensuing chaos. Nor will the benefits of any “deal” signed remotely approximate to the supposed benefits of Brexit promised by the Leave campaign in 2016. There would be attractions for the Prime Minister to embrace a “no deal” Brexit which would allow him to blame the EU, at least initially, for the disruption and the government’s poor preparation. This government’s approach to CV-19 has revolved round political positioning and the avoidance of blame. It would not be surprising if it behaved similarly in the concluding moments of the post-Brexit negotiations. CV-19 and the EU would be an attractive pair of villains in governmental self-exculpation next year*».

1. Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community.
2. However, as is the also the case with Turkey, the UK does not participate any more in the decisions establishing customs duties which are adopted by the EU institutions.
3. Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom.
4. Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.
5. Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.
6. Brendan Donnelly, *Johnson’s Brexit Dilemma: No good outcome in sight, The Federal Trust*, 25/11/2020 <https://fedtrust.co.uk/johnsons-brexit-dilemma-no-good-outcome-in-sight/>



The New Brexit Deal: Predictable Outcome of a  
Lose-Lose Negotiation. A First Glance  
Assessment of the EU-UK Trade Agreement  
24.12.2020 (second episode)

*Jacques Ziller*

*The EU-UK Trade and Cooperation Agreement published on 26 December maintains access to the EU market from the UK and vice-versa, but to a quite lesser extent than EU law did. The approach of the Johnson government to the negotiations have led to a treaty that lacks the main guarantees of legal certainty that EU law was offering with the concepts of uniform application direct effect, primacy and consistent interpretation. Brexit is creating far more losers than winners.*

*[Il nuovo accordo sulla Brexit: esito prevedibile di un negoziato perdente. Una prima valutazione dell'accordo commerciale UE-Regno Unito del 24.12.2020 (seconda puntata)] L'accordo commerciale e di cooperazione UE-Regno Unito, pubblicato il 26 dicembre, mantiene l'accesso al mercato dell'UE da parte del Regno Unito e viceversa, ma in misura molto minore rispetto a quanto garantito dal diritto dell'Unione europea. L'approccio del governo Johnson ai negoziati ha portato ad un trattato che manca delle principali garanzie di certezza del diritto offerte dal diritto dell'Unione con i concetti di applicazione uniforme, effetto diretto, primato e interpretazione conforme. La Brexit tra creando molti più perdenti che vincitori.*

## **The Deal we Have Now**

At the time of writing, two days after the publication<sup>[1]</sup> of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement concluded by the Commission and the UK Government on Christmas Eve 2020, and approved by the Council on 27 December, one can only make a few comments from the perspective of EU Law

and policies. Much more time will be needed for a more thorough assessment, be it only because the agreement as it stands at the end of the year consists of a series of documents that will need to be complemented by several other protocols and declarations. This paper focuses on the issues of market access, which should be maintained as much as possible by the new Deal, and leaves asides numerous other fields, such as fisheries, security and participation in EU Programmes.

First and foremost, the “Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, on the one hand, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, on the other” (TCA) including protocols – is a document of no less than 1246 pages. Two further agreements have been published at the same time: the “Agreement between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the European Atomic Energy Community for cooperation on the safe and peaceful uses of nuclear energy” (Civil Nuclear Agreement) – a document of 18 pages – and the “Agreement between the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning security procedures for exchanging and protecting classified information” – a document of 8 pages–, together with 26 pages of Declarations. The assessment of those texts will include not only understanding their exact content, but also comparing them with the relevant EU substantive law as embedded in relevant primary and secondary law, in EU international agreements and CJEU jurisprudence on the one hand and the relevant provisions of UK legislation related to Brexit on the other hand.

It goes without saying that the work of Members of European and UK Parliaments will be extremely difficult as they will have a very short time to review these documents before giving consent to ratification. At any rate, there is no room for any amendment because that would entail reopening a negotiation that was very difficult to conclude. It would not be a surprise if the European Parliament wanted to adopt a declaration that might to some extent contradict the spirit of the agreements – as has happened in 1963 with the Elysée Treaty between France and Germany, when the Bundestag adopted a Preamble to the Statute authorising ratification that formally used words and concepts which had been refused by the French President, Charles De Gaulle.

Once signed by both parties, i.e. by the President of the Council of the Union

and by the UK Foreign Secretary or Prime Minister, the agreement will provisionally enter into force on 1 January 2021.

Practically, this first means that there will be no customs duties nor quantitative restrictions on the trading of goods between the EU and the UK, as established in Part Two of the ATC *on Trade, Transport, Fisheries and other Arrangements - Heading One: Trade - Title I: Trade In Goods - Chapter 1: National treatment and market access for goods*. The main relevant provisions relating to the absence of customs duties are Article GOODS.5: *Prohibition of customs duties*: “*Except as otherwise provided for in this Agreement, customs duties on all goods originating in the other Party shall be prohibited*”, Article GOODS.6: *Export duties, taxes or other charges*: “*1. A Party may not adopt or maintain any duty, tax or other charge of any kind imposed on, or in connection with, the exportation of a good to the other Party; or any internal tax or other charge on a good exported to the other Party that is in excess of the tax or charge that would be imposed on like goods when destined for domestic consumption. [...]*” and Article GOODS.7: *Fees and formalities*. With regard to quantitative restrictions, the main provisions are in Article GOODS.10: *Import and export restrictions*: “*1. A Party shall not adopt or maintain any prohibition or restriction on the importation of any good of the other Party or on the exportation or sale for export of any good destined for the territory of the other Party, [...]*”. A careful reading of all the provisions is however necessary in order to ensure that it does not amount to maintain the exact conditions of market access that are applicable under the relevant provisions of the TFEU that apply until 31 December 2020. At any rate, from 1 January onwards, customs controls will need to be operated by EU member States’ customs services in the same way as customs controls for third countries that are not part of the European Economic Area (Iceland, Liechtenstein and Norway) or the Customs Union (Turkey). As far as VAT is concerned, the ATC provides for administrative cooperation: although it seems that in the present day EU system, where VAT is paid only in the country of final destination of a good – apart from automobiles where it is paid in the country of primary registration –, customs declarations will be needed on exports and imports, as was the case within the EC before 1 January 1993. The ATC includes quite detailed provisions on “Customs and Trade Facilitation” which provide for a system that seems much more cumbersome in terms of customs bureaucracy than what

prevailed before the completion of the internal Market on 31 December 1992.

As far as services and establishment are concerned, the complex new regime of the TCA will have to be examined in detail on a sector-specific basis. At first glance, the provisions on capital movement allow to maintain a system broadly similar to the present one, but only broadly. As has been noted by most commentators, there are no provisions that allow for maintaining the EU system of “passports” for financial services.

On the whole, it is quite impossible to fully understand the ATC without knowledge of the jargon and techniques of international trade law. EU lawyers will be at pains, be it only because the ATC avoids using concepts and wording of EU law such as, for instance, “equivalent effect” in Articles 30 TFEU on customs duties on imports and exports and charges having equivalent effect and 34 TFEU on quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect.

On the whole, the ATC is a very complex document, as is immediately clear from its numbering which is provisional: each package of provisions has its own designation, e.g. GOODS.1 etc. for trade in goods, CUSTMS.1 etc. for customs and trade facilitation. Furthermore, the ATC is far from being limited to issues related to market access; it includes numerous provisions on cooperation in existing EU programs and also quite detailed provisions on police cooperation, judicial cooperation related to criminal matters, and security.

I submit that the reasons for this complexity are not simply due to the attempt to maintain the regulatory regime deriving from EU membership while suppressing direct effect of EU law, as had been envisaged to a great extent by a large part of the Cabinet of Teresa May, and which was reflected by the Political declaration<sup>[2]</sup> that was signed on 24 January 2020 together with the Withdrawal agreement. It is largely due to a difference of approach of the two parties.

### **Damage Control v. Words, Words, Words..., Leading to Losers on Both Sides**

Michel Barnier, who had been appointed by Jean-Claude Juncker as Head of the relevant Commission Task Force and then as future Negotiator by the Council, took the habit of introducing his speeches by stating that Brexit was “*a lose-lose*

*situation*”, often adding “*the clock is ticking*”. After 47 years of UK integration in the European Communities and Union, it was obvious to any EU lawyer that when the UK left the Customs Union it could not remain fully integrated in the internal market, and that this would generate a series of disruptions and an addition of customs bureaucracy, as well as diminishing certainty on applicable rules, which would strike very hard on small and medium enterprises in all sectors, and generally speaking on business and trade, industrial production, and services and agriculture, including fisheries. The approach of EU negotiators was therefore based on rationality and damage control, trying to replicate the content of the EU regulatory system as much as possible. Previous experience with the association agreement with EFTA countries before Austria, Finland and Sweden accessed the Communities, which culminated in the European Economic Area Treaty that still applies to Norway, Iceland and Liechtenstein, would have been extremely useful if there had been trust in the UK Government, as was to a large extent the case until it appeared that Theresa May did not have the necessary support in the House of Commons and not even in her own party. The Withdrawal agreement that entered into force on 1 February 2020<sup>[3]</sup> and remains in force for all the provisions that are not strictly related to the transition period, i.e. mainly for the rights of settled citizens and the protocols on Ireland, Gibraltar and the Sovereign Base Areas of the UK in Cyprus, was entirely based on EU law concepts and vocabulary. Although its wording seemed to guarantee the necessary continuity in the understanding of the legal regime of the UK-EU relationship in those matters, the negotiators agreed to keep an important role for the CJEU by allowing for references for preliminary ruling by the UK courts until December 2028 in order to guarantee uniform interpretation of the Agreement by both parties in citizen matters.

On the side of the Boris Johnson government, differently from the rational pragmatism prevailing on the EU side, it seems to an outside observer that only a few slogans prevailed which were deemed to give the Prime Minister and his Cabinet the advantage of having made a success of Brexit in the (very) short run. That approach is particularly obvious in the “Summary” that was published on the UK Government site even before the publication of the full text of the Agreements<sup>[4]</sup>.

“While we made our fair share of compromises during the negotiations, we never

wavered from the goal of restoring national sovereignty - the central purpose of leaving the EU". Indeed, this recalls the referendum of 20 October 2013 where the abstention of more than 68% of the electorate allowed San Marino to maintain its sovereignty by not joining the EU although 50,28 % of the voters voted in favour<sup>[5]</sup>. As the Summary states in its preamble signed by Boris Johnson, "Most importantly, the agreement provides for the UK to take back control of our laws, affording no role for EU law and no jurisdiction for the European Court of Justice." And in point 6 of the Summary: "The Agreement is based on international law, not EU law. There is no role for the European Court of Justice and no requirements for the UK to continue following EU law." In point 81 "The system that has been agreed upon does not compromise the UK's sovereignty in any area, does not involve the European Court of Justice in any way, and is reciprocal." And further in point 171 "This Agreement includes dispute resolution mechanisms that are appropriate for a relationship between sovereign equals. This means that there is no role for the Court of Justice of the European Union. All these mechanisms are fully reciprocal and equally available to both Parties." On the whole, a dramatic obsession with the European Court of Justice is clearly present within the summary.

All this explains why the new Deal is resorting to the jargon and concepts of international trade law, and carefully avoids the jargon and concepts of EU law. Quite striking from that point of view are two provisions from Part One: Common and Institutional Provisions, Title II: Principles of Interpretation and Definitions.

*Article COMPROV.13: Public international law*

- 1. The provisions of this Agreement and any supplementing agreement shall be interpreted in good faith in accordance with their ordinary meaning in their context and in light of the object and purpose of the agreement in accordance with customary rules of interpretation of public international law, including those codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties, done at Vienna on 23 May 1969.*
- 2. For greater certainty, neither this Agreement nor any supplementing agreement establishes an obligation to interpret their provisions in accordance with the domestic law of either Party.*
- 3. For greater certainty, an interpretation of this Agreement or any supplementing*

*agreement given by the courts of either Party shall not be binding on the courts of the other Party.”*

The wording “for greater certainty” recalls the Protocol (No 30) on the Application of the EU Charter of fundamental Rights to the UK and to Poland in Article 1(2) “In particular, and for the avoidance of doubt, [...]”. Protocol n° 30 did not provide for an opt-out of the Charter. Differently Article COMPROV.13 of the ATC, puts in technical jargon the claim of the Johnson government that the CJEU has no role whatsoever in the agreement. Paragraph 2 rightly says there is no obligation but does not forbid the EU to interpret these provisions in accordance with EU law.

While the interpretation by the courts of one Party are not “binding on the courts of the other Party”, nothing would forbid UK courts to look at the interpretation of the Agreement by the CJEU. But there is another provision which shows how different from EU law the ATC is as a matter of fact.

*Article COMPROV.16: Private rights*

*1. Without prejudice to Article MOB.LSSC.67 [Protection of individual rights] and with the exception, with regard to the Union, of Part Three [Law enforcement and judicial cooperation ], nothing in this Agreement or any supplementing agreement shall be construed as conferring rights or imposing obligations on persons other than those created between the Parties under public international law, nor as permitting this Agreement or any supplementing agreement to be directly invoked in the domestic legal systems of the Parties.*

For EU lawyers this is clearly impeding the reasoning that underpins the CJEU’s jurisprudence on direct effect since *van Gend den Loos*. While the UK will therefore not be in a position to guarantee the rights of citizens and business that would derive from the Agreement, one may wonder whether the CJEU will simply dismiss any action based upon the content of the Agreement or rather insist on the necessity of consistent interpretation of EU and Member States’ law. What appears from those provisions is that the ATC does not provide the level of legal certainty achieved in the EU law system by the combination of the procedural tool of referrals for preliminary ruling and the case law on uniform application direct effect, primacy and consistent interpretation. This lack of legal certainty is, I submit, enhanced by *Article FINPROV.8: Termination: “Either Party may terminate this Agreement by written notification through diplomatic*

*channels. This Agreement and any supplementing agreement shall cease to be in force on the first day of the twelfth month following the date of notification.”*

Such a provision might be commonplace in international trade agreements but, in comparison to the EU treaties, it is a striking sign of lack of trust. One may only hope that the successors of Boris Johnson will be able to restore a better relationship between the UK and the EU, even if, I’m afraid, a similar lack of trust also made itself clear between different EU Member States in the wake of growing populism.

Trying to find losers and winners is quite normal with the outcome of a zero-sum negotiation. But as constantly repeated by Barnier, Brexit is a lose-lose situation. The losers are in the first place the citizens – with the exception, to a certain extent, of EU citizens settled in the UK before 1 February 2020 and vice versa<sup>[6]</sup>. Then come small and medium businesses, who will most suffer from decreased legal certainty and increased bureaucracy: as the French are saying “*Pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué*”. A big loser seems to be the City, as Boris Johnson preferred a pyrrhic victory on fisheries to a somewhat balanced agreement on financial services. Winners if any are customs intermediaries...

According to *Article FINPROV.11: Entry into force and provisional application*, the Agreement’s provisional application is foreseen to last until 28 February 2021, or earlier, if the ratification procedures were to finish before 31 January, or “at another date as decided by the Partnership Council”. As far as provisional entry into force is concerned, Annex Inst: Rules of Procedure of The Partnership Council and Committees will apply immediately. Whether this will provide for a smooth functioning will obviously depend upon the degree of political interference by the UK government, as has been demonstrated with the Protocol on Ireland of the Withdrawal agreement.

Furthermore, it is indispensable to point out that the published Agreements already refers to other future agreements that might or should be negotiated after 1 January 2021. It will therefore be quite difficult to have a clear idea of the overall content of the future relationship between the UK and the EU before quite some time. Let us hope that future agreements and amendments to the new Deal of Christmas 2020 will be improvements rather than further complications.

1. The agreement was published on 26 December by the European Commission as ANNEX



## CERIDAP

to the Recommendation for a Council Decision approving the conclusion, by the European Commission, of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the European Atomic Energy Community for Cooperation on the Safe and Peaceful Uses of Nuclear Energy and the conclusion, by the European Commission, on behalf of the European Atomic Energy Community, of the Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part. It was also published a few hours later by the UK Government.

2. Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom. See my previous paper of 30 November 2020 “Brexit: to have or not to have a deal”.
3. Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community. See my previous paper of 30 November 2020 “Brexit: to have or not to have a deal”.
4. UK-EU TRADE AND COOPERATION AGREEMENT - Summary.
5. Segretaria di Stato per gli Affari Esteri, per la Cooperazione Internazionale e le Telecomunicazioni, San Marino, Risultati relativi al referendum del 20 ottobre 2013 per l'avvio della procedura di adesione all'Unione Europea
6. See my previous paper of 30 November 2020 “Brexit: to have or not to have a deal”.

## Il TAR Piemonte si pronuncia sull'obbligo, in capo alle famiglie, di misurare la febbre degli studenti

*Vania Danzi*

*Con il decreto n. 446 del 17 settembre 2020 il Tar Piemonte, sezione prima, ha rigettato la richiesta di annullamento, previa sospensione dell'efficacia, presentata contro il decreto del Presidente della Giunta della Regione Piemonte del 9 settembre 2020, n. 95 con il quale è stato stabilito l'obbligo per le scuole di verificare che le famiglie degli alunni procedano alla misurazione della temperatura corporea, prima dell'inizio dell'attività didattica.*

*[The administrative regional court of Piedmont (Tar Piedmont) rejects the request to suspend the effectiveness of the decree that establishes the obligation for schools to verify that families measured the body temperature of students before the start of didactic activities] With decision n. 466 of 17 September 2020, the first section of Tar Piedmont rejected the request for cancellation, subject to suspension of effectiveness, presented against the decree of the President of the Council of the Piedmont Region, no. 95 of 9 September 2020, with which the obligation for schools to verify that families measured the body temperature of students before the start of teaching was established.*

### **Il contesto normativo di riferimento**

Il Ministero dell'Istruzione, il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministro della Salute, previa sospensione dell'efficacia, hanno impugnato il decreto emanato dal Presidente della Giunta della Regione Piemonte<sup>[1]</sup>, n. 95 del 9 settembre 2020, con il quale sono state adottate le "Linee di indirizzo" per la riapertura delle scuole, nonché le disposizioni attuative per la prevenzione e la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

In particolare, il decreto stabilisce che la temperatura corporea può essere rilevata a scuola, qualora i genitori non vi abbiano già provveduto a domicilio, e che l'osservanza del valore massimo della temperatura corporea (37,5 gradi centigradi) – fissato per l'ingresso nel plesso scolastico – deve essere dichiarata in un'autocertificazione.

Il ricorso deduce l'illegittimità del provvedimento per la violazione delle norme nazionali che stabiliscono l'obbligo, per le famiglie, di misurare la temperatura ai propri figli prima dell'arrivo a scuola.

Partendo dall'inquadramento della normativa nazionale, il d.P.C.M. del 7 settembre 2020 (recante «*Ulteriori disposizioni attuative del d.l. 25/3/2020, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, e del d.l. 16/5/2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19*»), all'art. 1, comma 4, modifica l'art. 1, comma 6, lett. r) del d.P.C.M. 7/8/2020, e stabilisce che: «*Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus Covid-19 sull'intero territorio nazionale si applicano le seguenti misure: [...] r) ferma restando la ripresa delle attività dei servizi educativi e dell'attività didattica delle scuole di ogni ordine e grado secondo i rispettivi calendari, le istituzioni scolastiche continuano a predisporre ogni misura utile all'avvio, nonché al regolare svolgimento dell'anno scolastico 2020/2021, anche sulla base delle indicazioni operative sulla gestione di casi e focolai di SARS-COV-2, elaborate dall'Istituto Superiore di Sanità di cui all'allegato 21*».

Quest'ultimo "allegato", per quanto qui interessa, prevede che ai fini dell'identificazione precoce dei casi sospetti è necessario prevedere:

- un sistema di monitoraggio dello stato di salute degli alunni e del personale scolastico;
- il coinvolgimento delle famiglie nell'effettuare il controllo della temperatura corporea del bambino/studente a casa ogni giorno, prima di recarsi al servizio educativo dell'infanzia o a scuola;
- la misurazione della temperatura corporea al bisogno, in caso di malore a scuola di uno studente o di un operatore scolastico, da parte del personale scolastico individuato, mediante l'uso di termometri che non prevedano il contatto.

Dalla normativa appena illustrata si desume che l'Allegato 21 al d.P.C.M. del 7 agosto 2020 prescrive la necessità che, a livello regionale e delle istituzioni

scolastiche territoriali, si prevedano, da un lato, sistemi di monitoraggio dello stato di salute degli alunni e del personale scolastico e, dall'altro lato, si coinvolgano le famiglie nell'effettuare il controllo della misurazione corporea dello studente, a casa ed ogni giorno, prima di recarsi a scuola.

Tuttavia, tali fonti normative nazionali non disciplinano né le modalità tramite le quali deve avvenire il coinvolgimento delle famiglie nella misurazione della temperatura corporea degli studenti, né le modalità di controllo – da parte delle istituzioni scolastiche – dell'effettivo adempimento dell'obbligo di misurazione preventiva.

La normativa nazionale appare chiara nella parte in cui, ai sensi dell'art. 1 comma 6, lett. r), del d.P.C.M. del 7 agosto 2020, devolve alle stesse istituzioni scolastiche la predisposizione di ogni misura utile all'avvio, nonché al regolare svolgimento, dell'anno accademico 2020/2021.

A livello regionale, infine, il decreto del Presidente della Giunta del 9 settembre 2020, impugnato, ha raccomandato a tutte le scuole di ogni ordine e grado del Piemonte di adoperarsi, con ogni mezzo a disposizione, al fine di rilevare la temperatura corporea agli studenti, prima dell'inizio dell'attività didattica.

Inoltre, al fine di verificare l'effettivo adempimento di tale obbligo, il decreto stabilisce che ogni scuola predisponga modalità organizzative avvalendosi di modelli di autocertificazione, diario scolastico, registro elettronico o altri strumenti digitali.

Qualora l'alunno si presenti sprovvisto della autocertificazione, attestante l'avvenuta misurazione, la scuola è tenuta a rilevare la temperatura corporea.

Si può affermare, in ultima istanza, che il decreto presidenziale della Regione Piemonte si pone ad integrazione ed attuazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 17 comma 1, lett. b), legge del 23 agosto 1988, n. 400, e non in contrasto con essi.

## **2. La decisione**

Il Tar Piemonte rigetta il ricorso poiché la normativa regionale non viola la normativa nazionale, bensì integra, come sopra affermato, il contenuto della disciplina statale: ciò in quanto i d.P.C.M. non prevedono alcuna forma di controllo dell'effettivo adempimento, da parte delle famiglie, dell'obbligo di

misurare la temperatura corporea dei propri figli-studenti.

A tal proposito, l'Allegato 21, al d.P.C.M. del 7 agosto 2020, richiede il coinvolgimento delle famiglie nell'effettuare il controllo della temperatura corporea del bambino/alunno, ogni giorno, *prima* dell'ingresso a scuola.

La normativa nazionale, tuttavia, non stabilisce né i modi tramite cui le famiglie devono essere coinvolte nella misurazione della temperatura corporea, né le procedure di controllo attuabili dalle scuole, al fine di verificare che le famiglie abbiano misurato correttamente la temperatura ai propri figli.

Dalla lettura ragionata del decreto del Tar Piemonte, è possibile evincere che il ricorso, presentato dal Governo, fonda le sue ragioni su almeno due motivi.

Il primo motivo consiste nella osservazione che il sistema di controllo dell'autocertificazione, attestante la temperatura dell'alunno, così come predisposto dal decreto presidenziale regionale, possa produrre il rischio di assembramenti all'ingresso dell'istituto scolastico.

Tuttavia, il Tar sottolinea come il motivo sia irrilevante, posto che i dirigenti scolastici potrebbero effettuare la verifica relativa all'autocertificazione anche in aula, subito dopo che gli studenti hanno raggiunto le loro postazioni, e prima che si tolgano la mascherina.

Inoltre, il secondo motivo oggetto del ricorso consiste nell'asserito superamento delle competenze regionali, in merito all'oggetto del decreto impugnato.

Anche tale secondo assunto è superato dal Tar Piemonte, che evidenzia come il decreto ministeriale del 26 giugno 2020, recante il «*Piano scuola 2020-2021*», ribadisce che i dirigenti scolastici possono organizzare gli ingressi a scuola in maniera flessibile, riconoscendo – a tal fine – la competenza regionale in materia di organizzazione scolastica, così legittimando l'intervento del Presidente della Regione, nel fissare regole attuative.

D'altronde la stessa Corte Costituzionale, dal 2005 in poi<sup>[2]</sup>, ha riconosciuto gli ambiti di autonomia delle istituzioni scolastiche: ambiti che non si risolvono in una incondizionata libertà di autodeterminazione, bensì nell'affidare «*a tali istituti [...] spazi che le fonti normative statali e quelle regionali, nell'esercizio della potestà legislativa concorrente, non possono pregiudicare*».

Inoltre, il decreto del Presidente della Regione non trasferisce in alcun modo l'incombenza della rilevazione della temperatura sull'istituto scolastico, non sovvertendo in tal modo l'impianto del d.P.C.M.

Come viene chiarito dal Tar Piemonte, il decreto impugnato non si riferisce alla verifica della misurazione della temperatura prima dell'ingresso a scuola – come accade per la normativa nazionale – bensì alla misurazione della temperatura *prima* dell'inizio dell'attività didattica.

Di conseguenza, il decreto non può definirsi in contrasto con la normativa statale, posto che si riferisce ad un diverso momento temporale.

Così rilevata la diversità dei momenti presi in considerazione dalla normativa nazionale, e da quella regionale, trova conferma quanto in precedenza affermato: il decreto del Presidente della Giunta altro non fa che integrare le prescrizioni contenute nei d.P.C.M. statali, come previsto e consentito dall'art. 17, comma 1, lett. b), legge del 23 agosto 1988, n. 400, aggiungendo maggiori garanzie rispetto a quelle previste dalla normativa statale.

Inoltre, in considerazione dell'aggravarsi della situazione regionale, in punto di casi positivi al Covid-19, di cui il Tar tiene comunque conto, le maggiori tutele previste nel decreto impugnato risultano, ad avviso del giudice, pienamente giustificate.

Quanto al “danno grave ed irreparabile”, presupposto della richiesta di tutela cautelare, e paventato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dai Ministri ricorrenti, il Tar sottolinea che il decreto impugnato non ha eliminato l'obbligo delle famiglie di misurare la temperatura degli studenti prima di avviarli a scuola, limitandosi a prevedere che l'effettivo adempimento di tale obbligo sia accertato dagli istituti scolastici, esigendo l'autocertificazione delle famiglie.

Per quanto concerne poi il lamentato *periculum in mora*, altro presupposto della richiesta di tutela cautelare, in mancanza del danno per lo Stato, lamentato nel ricorso, la sospensione del decreto comporterebbe in verità una riduzione del livello di tutela dal contagio negli istituti scolastici. Qualora fosse sospesa l'efficacia del decreto, infatti, resterebbe in vigore solo la normativa nazionale che “invita” semplicemente a coinvolgere le famiglie nel controllo della temperatura dei bambini, senza la previsione di alcun meccanismo effettivo di controllo da parte degli istituti scolastici.

Ebbene, per le ragioni appena illustrate, il Tar Piemonte rigetta la domanda di adozione di misura cautelare monocratica, fissando, per la trattazione collegiale, la camera di consiglio del 14 ottobre 2020.

## CERIDAP

1. Per l'analisi della disciplina normativa ed amministrativa emanata dalla Regione Piemonte, anteriormente a quest'ultimo decreto, si rinvia al contributo di S. Rossa, *Piemonte*, in questa *Rivista*
2. Corte Cost., sent. 27 gennaio 2005, n. 37, par. 5.

## La sentenza T-778/16 (Irlanda e Apple vs. Commissione). Una sconfitta UE nella lotta alla fiscalità aggressiva di alcuni Stati membri?

*Giacomo Pisani*

*Il contributo analizza la sentenza T-778/16 del Tribunale di primo grado dell'Unione Europea invalidante la Decisione (UE) 2017/1283 che aveva condannato Apple Inc. a dover versare nella casse del fisco irlandese circa 13 miliardi di tasse non pagate a seguito di due "tax ruling", uno del 1991 e uno del 2007, stipulati tra le Autorità fiscali irlandesi e Apple al fine di definire la base imponibile delle due società controllate ASI e AOE site sul territorio irlandese. L'analisi, oltre a mettere in luce i motivi che hanno condotto il Tribunale ad annullare la decisione, si concluderà con una breve riflessione sulle conseguenze che la sentenza potrebbe avere sulla politica, iniziata dall'Unione europea nel 2014, di lotta contro le pratiche fiscali aggressive adottate da alcuni Stati membri.*

*[T-778/16, Ireland and Apple v Commission. Is it a defeat in the fight against aggressive taxation of some Member States?] This paper aims to analyze the sentence T-778/16 of the General Court which has annulled the Decision (EU) 2017/1283 which had condemned Apple Inc. to pay about 13 billion in taxes into the Irish tax coffers, not paid following two "tax rulings", one in 1991 and one in 2007, stipulated between the Irish tax authorities and Apple in order to define the tax base of the two subsidiaries ASI and AOE located in Irish territory. The analysis, in addition to highlighting the reasons that led the Court to annul the decision, will conclude with a brief reflection on the consequences that the judgment could have on the policy, started by the European Union in 2014, of fighting aggressive taxation practices adopted by some Member States.*



## 1. La Decisione (UE) 2017/1283, del 30 Agosto 2016

A seguito di un'indagine durata più di quindici mesi, la Commissione europea, il 30 agosto 2016, ha adottato la DECISIONE (UE) 2017/1283 con la quale ha ordinato a Apple Inc. di versare nelle casse del fisco irlandese 13 miliardi di euro di tasse non pagate a seguito dei *tax ruling* stipulati tra l'azienda e l'Autorità fiscale irlandese nel 1991 e nel 2007.

La Commissione durante la procedura ha evidenziato che i *ruling* in questione potessero essere configurati come aiuti di stato *ex art. 107(1) TFUE*<sup>[1]</sup> e ha articolato la decisione su tre linee di ragionamento: primaria (*primary line of reasoning*)<sup>[2]</sup>, sussidiaria (*subsidiary line of reasoning*)<sup>[3]</sup> e alternativa (*alternative line of reasoning*).<sup>[4]</sup> Tramite queste, il regolatore UE ha cercato di dimostrare che i *ruling* contestati avessero comportato un “vantaggio selettivo” nei confronti di ASI e AOE, due controllate di Apple site in territorio irlandese, le quali avrebbero quindi favorito di una tassazione agevolata rispetto ad altre società in situazione comparabile.

A novembre dello stesso anno, ASI, AOE e l'Irlanda (“*i ricorrenti*”) hanno impugnato la decisione della Commissione presentando nove motivi di ricorso al Tribunale di primo grado dell'UE<sup>[5]</sup>.

## 2. Il giudizio del Tribunale di primo grado

Con la sentenza C-778/16 il Tribunale di primo grado ha accolto il ricorso proposto dai ricorrenti, annullando la decisione impugnata e ordinando, quindi, all'Irlanda di restituire quanto Apple aveva versato nelle casse del fisco in seguito alla Decisione (UE) 2017/1283.

Uno degli aspetti salienti della sentenza è che, prima di pronunciarsi sui motivi di ricorso riguardanti le c.d. tre linee di ragionamento, il Tribunale ha preliminarmente analizzato e rigettato<sup>[6]</sup> l'ottavo motivo di ricorso<sup>[7]</sup>, confermando così la non violazione del principio di autonomia fiscale degli Stati membri e il potere della Commissione di valutare se determinate misure fiscali – come appunto sono i *ruling* - comportano aiuti di stato<sup>[8]</sup>.

### 3. Le linee di ragionamento della Commissione

#### 3.1. *Primary line of reasoning*. Il vantaggio selettivo come risultato dei profitti derivanti dalle licenze IP Apple in possesso di ASI e AEO non allocati alle controllate irlandesi

La Commissione nella c.d. linea primaria di ragionamento ha sostenuto che le «*IP licences held by ASI e AOE [...] had contributed significantly to those two companies' income*»<sup>[9]</sup> e conseguentemente che il non aver allocato i profitti derivanti da queste ha fatto sì che «*the Irish tax authorities had conferred an advantage on ASI and AOE for the purpose of Article 107(1) TFUE in the form of a reduction in their respective annual chargeable profits*».

I ricorrenti riguardo la c.d. “*primary line of reasoning*” hanno sollevato le seguenti censure:

1. la Commissione non poteva valutare congiuntamente le condizioni di vantaggio e selettività (parte del secondo motivo di ricorso);
2. la Commissione ha commesso errori nella valutazione circa l'identificazione del quadro normativo di riferimento e la valutazione sulla “normale” tassazione ai sensi della legislazione fiscale irlandese (parte del primo, del secondo, del terzo e del quarto motivo di ricorso);
3. la Commissione ha commesso errori nella ricostruzione della struttura societaria del gruppo Apple, delle attività e del processo decisionale (primo motivo di ricorso).

##### 3.1.1. L'esame congiunto delle condizioni di vantaggio e selettività

I ricorrenti con il secondo motivo di ricorso hanno contestato che «*the Commission failed to examine those two concepts separately*»<sup>[10]</sup>.

Il Tribunale ha confermato che i due concetti sono separati e che, con riguardo al vantaggio, «*the Commission must show that the measure improves the financial situation of the recipient*»<sup>[11]</sup>, come confermato dalla giurisprudenza della Corte<sup>[12]</sup>.

Con riferimento alla selettività della misura: «*the Commission must show that the advantage is not enjoyed by other undertakings in a legal and factual situation comparable to that of the recipient in the light of the objective of the reference framework*<sup>[13]</sup>»<sup>[14]</sup>.

Dopo aver specificato cosa la Commissione avrebbe dovuto dimostrare, il Tribunale ne ha dichiarato legittimo l'operato, rigettando questa parte del secondo motivo di ricorso in quanto «*it is irrelevant that that examination covered both conditions simultaneously. It cannot therefore be held that the Commission erred in law simply because it examined them together*»<sup>[15]</sup>.

### **3.1.2. L'identificazione del quadro normativo di riferimento e la valutazione sulla tassazione normale ai sensi della legislazione fiscale irlandese**

La seconda censura relativa alla linea primaria di ragionamento si articola in due "sotto censure". La prima riguarda l'errata valutazione su quale fosse il quadro normativo di riferimento e la seconda di quale fosse il "normale" regime di tassazione dei profitti previsto dalla normativa fiscale irlandese.

#### **3.1.2.1. Valutazione del quadro normativo di riferimento**

Nella valutazione del quadro normativo applicabile al caso di specie, la Commissione ha ritenuto che si dovesse applicare la normativa irlandese relativa ai profitti delle società che si trovano all'interno del sistema fiscale irlandese. Bruxelles ha aggiunto che, nonostante gli imponibili delle società residenti e non residenti siano calcolati sulla base di diverse voci di profitto, ciò a cui si deve far riferimento nella valutazione di quale sia il quadro normativo di riferimento, non sono tanto le modalità di come l'imponibile è calcolato, bensì a quale sia l'obiettivo della normativa fiscale, ovvero quello di tassare i profitti di tutte le società soggette al fisco irlandese. Ciò fa sì che sia le società residenti, sia le società non residenti, si trovino in una situazione fattuale e legale comparabile e, di conseguenza, la normativa relativa alle società non residenti (Sezione 25 TCA 97) non può essere considerata come facente parte di un quadro normativo differente da quello generale.

I ricorrenti hanno contestato questa ricostruzione sostenendo che la sezione 25 del *TCA 97*, appunto perché riferita a entità non residenti in Irlanda, dovesse costituire un quadro normativo a sé stante perché le società non residenti «*are not in a situation comparable to that of resident companies*»<sup>[16]</sup>.

Alla luce delle difese della Commissione, il Tribunale ha rigettato<sup>[17]</sup> il primo motivo di ricorso nella parte in cui i ricorrenti sostenevano che la sezione 25 *TCA 97* doveva essere considerata come un quadro normativo a sé stante. Nello specifico, il Tribunale articola il suo ragionamento sulla base della differenza tra regola generale e regola speciale, concludendo che la sezione 25 del *TCA 97* non può essere considerata come un quadro normativo a sé stante solo ed esclusivamente perché si riferisce alle società non residenti. Essa identifica una disciplina speciale all'interno della normativa fiscale irlandese, inserita nella medesima normativa fiscale, e che perciò ha il medesimo obiettivo della disciplina generale: determinare quale sia il regime fiscale da applicare ad una società sita in Irlanda.

### **3.1.2.2. Valutazione del normale regime di tassazione dei profitti della normativa fiscale irlandese**

I ricorrenti nel primo<sup>[18]</sup>, secondo<sup>[19]</sup>, terzo<sup>[20]</sup> e quarto<sup>[21]</sup> motivo di ricorso hanno inoltre censurato l'operato della Commissione sostenendo che essa abbia errato nel valutare l'applicazione della sezione 25 del *TCA 97*, nel considerare applicabile il principio di libera concorrenza alla normativa fiscale irlandese e, infine, nel ritenere applicabile al diritto fiscale irlandese il c.d. *Authorised OECD Approach*.

Il Tribunale ha in *primis* svolto l'analisi del presunto errore commesso dalla Commissione nel ritenere che, in applicazione della sezione 25 del *TCA 97*, l'Autorità fiscale irlandese nel determinare i profitti di ASI e AOE che avrebbero concorso alla formazione della base imponibile, avrebbe anche dovuto considerare «*the Apple Group's IP licences to the Irish branches of those two companies*»<sup>[22]</sup> in quanto la suddetta sezione 25 indica che «*in the case of non-resident companies carrying on their trade in Ireland through a branch, only the profits derived from trade directly or indirectly attributable to that Irish branch, on the one hand, and all income from property or rights used by, or held by or for,*

*the branch, on the other, are taxable»<sup>[23]</sup>.*

In quest'ottica, il Tribunale ha precisato che «*it is clear that section 25 of the TCA 97 relates only to the profits derived from trade that the Irish branches have carried on themselves and excludes profits derived from trade carried on by other parts of the non-resident company in question»<sup>[24]</sup> e che, quindi, i profitti non possono essere allocati di *default* alle due entità irlandesi.*

Il Tribunale ha pertanto accolto il motivo di ricorso<sup>[25]</sup>, confermando l'interpretazione fatta dai ricorrenti della sezione 25 del *TCA 97*, e confermata anche dalla giurisprudenza irlandese<sup>[26]</sup>.

Infatti, nel calcolare i profitti imputabili ad una società non residente, si devono tenere in considerazione esclusivamente «*the activities actually carried out by the branches themselves»*, per cui «*the profits derived from property that is controlled by a non-resident company cannot be regarded as such as being profits attributable to the Irish branch of the company even if that property has been made available to that branch»<sup>[27]</sup>.*

Da ciò deriva che per poter imputare profitti ad una società, questa deve avere il controllo di tutte le procedure decisionali che permettono di generare tali profitti, tanto più che è la stessa normativa irlandese prevede che «*the property held by that company cannot be allocated to the Irish branch if it has not been established that that property is actually controlled by that branch»<sup>[28]</sup>.*

Passando alla censura sull'errata applicazione del principio di libera concorrenza al caso di specie e, in particolare, sul fatto che questo principio non fosse parte della normativa fiscale irlandese, il Tribunale ha ripercorso quanto sostenuto dalla Commissione nella decisione contestata.

Essa ha sostenuto il suo ragionamento argomentando che «*if it could be shown that the profit allocation methods endorsed in the contested tax rulings resulted in a chargeable profit for ASI and AOE in Ireland that departed from a reliable approximation of a market-based outcome in line with the arm's length principle, those rulings had to be considered to confer a selective advantage, in so far as they had led to a lowering of the amount of corporation tax payable in Ireland as compared with non-integrated companies whose taxable base was determined by the profits they generated under market conditions»<sup>[29]</sup>.*

Nel caso di specie, la disputa riguarda la tassazione applicabile alle società non residenti in Irlanda ma che svolgono attività commerciali sul territorio dello

Stato.

La questione cruciale è, quindi, la definizione della base imponibile, e cioè «*what profits must be allocated to those branches for corporation tax purposes as part of 'normal' taxation, taking into account the normal rules of taxation applicable*»<sup>[30]</sup>.

Su questo il Tribunale ha specificato che i profitti derivanti dalle attività svolte sul territorio di uno Stato membro, da società non residenti nella Stato, debbano comunque essere tassati «*if they resulted from the economic activities of stand-alone undertakings operating under market conditions*»<sup>[31]</sup> e, in particolare, che deve trattarsi di attività realmente svolte.

Ciò significa che nella determinazione della base imponibile si dovrà tener conto del «*value of the activities actually carried out by the branches*»<sup>[32]</sup> e non di attività solo presuntivamente svolte.

Il Tribunale ha poi aggiunto un'importante precisazione sull'operato della Commissione e del potere conferitole dall'art. 107 TFUE. Essa, quando esamina una misura fiscale relativa agli utili imponibili di una società non residente che esercita un'attività commerciale in uno Stato membro attraverso una succursale, può senza dubbio confrontare l'onere fiscale della società non residente derivante dall'applicazione di tale misura fiscale, con l'onere fiscale derivante dall'applicazione delle "normali" norme fiscali di una società residente.

Questo perché la Commissione può verificare se i profitti concordati nel *ruling*, che concorrono a formare la base imponibile, corrispondono ai profitti che concorrerebbero alla formazione dell'imponibile di una società residente. Tutto ciò al fine di poter valutare se il *ruling* abbia conferito un vantaggio.

Il Tribunale ha per cui respinto le parti del primo e terzo motivo di ricorso con i quali i ricorrenti hanno censurato l'errato utilizzo del principio di libera concorrenza in quanto non previsto nella normativa fiscale nazionale.

Il Tribunale ha giustificato ciò in ragione del fatto che il principio di libera concorrenza è, non soltanto uno strumento che consente alla Commissione di svolgere l'analisi degli accordi fiscali tra uno Stato membro e una società, ma è anche un *benchmark* «*for verifying whether the chargeable profit of a branch of a non-resident company was determined, for the purposes of corporation tax, in a manner that ensured that non-resident companies operating through a branch in Ireland were not granted favourable treatment as compared with resident stand-alone companies whose chargeable profits reflected prices negotiated at arm's length*

*on the market»*<sup>[33]</sup>.

Circa la censura relativa al fatto che il principio di libera concorrenza non fosse previsto dalla normativa irlandese, il Tribunale, pur confermando che nel periodo in cui erano in vigore i due *ruling* contestati tale principio non era previsto, tale principio doveva comunque essere applicato, in quanto è stata la stessa Irlanda a confermare che «*the application of section 25 of the TCA 97 by the Irish tax authorities required the actual activities of the Irish branches in question to be identified and the value of those activities to be determined according to the market value of that type of activity»*<sup>[34]</sup>.

I ricorrenti, nel secondo e quarto motivo di ricorso, hanno poi censurato un errato utilizzo dell'*Authorised OECD approach* per tre motivi: a) perché non facente parte del sistema fiscale irlandese; b) perché tale “approccio” non deve applicarsi alla tassazione delle società non residenti; c) e pur nel caso in cui si dovesse applicare, la Commissione ha comunque «*misapplied that approach inasmuch as it failed to examine the functions actually performed within the Irish branches of ASI and AOE»*<sup>[35]</sup>.

Il Tribunale ha esaminato le censure sotto due punti di vista: a) se la Commissione fosse legittimata a utilizzare l'*Authorised OECD approach* per verificare l'esistenza di un vantaggio selettivo; b) l'eventuale corretta applicazione dello stesso.

Il Tribunale, pur rigettando il motivo che censurava una mancanza di legittimazione della Commissione all'utilizzo dell'*Authorised OECD approach* e precisando che essa «*cannot be criticised for having relied [...] on the Authorised OECD Approach when it considered that [...] the allocation of profits to the Irish branch of a non-resident company had to take into account the allocation of assets, functions and risks between the branch and the other parts of that company»*<sup>[36]</sup>, ha invece accolto il motivo di ricorso<sup>[37]</sup> nella parte in cui veniva censurato un errato utilizzo dei principi OCSE.

Il Tribunale ha qui ritenuto che la Commissione non avesse applicato detti principi correttamente, commettendo errori nell'analisi funzionale e fattuale delle attività svolte dalle filiali di ASI e AOE, in quanto l'applicazione della sezione 25 del *TCA 97* da parte delle autorità fiscali irlandesi nel caso di specie è stata basata e corrisponde sostanzialmente a quanto previsto dall'*Authorised OECD approach*. Alla luce di quanto appena analizzato, il Tribunale, circa la corretta

identificazione del quadro normative di riferimento e la valutazione di quale sia la “normale” tassazione applicabile, ha quindi constatato una serie di valutazioni scorrette alla base della linea primaria di ragionamento della Commissione, concludendo che *«the Commission made errors concerning the application of, first, section 25 of the TCA 97, [...], second, the arm's length principle, [...], and, third, the Authorised OECD Approach, [...]. In those circumstances, it is appropriate to conclude that the Commission's primary line of reasoning was based on erroneous assessments of normal taxation under the Irish tax law applicable in the present instance»*<sup>[38]</sup>.

### 3.1.3. Le attività e la struttura di ASI e AEO

Nell'ultima censura promossa circa la c.d. prima linea di ragionamento, i ricorrenti hanno contestato l'errata ricostruzione e analisi della struttura e delle attività svolte da ASI e AEO svolta dalla Commissione al fine di individuare se i *ruling* stipulati tra l'Irlanda e Apple potessero costituire un aiuto di stato.

Nel primo motivo di ricorso essi hanno sostenuto che la ricostruzione sia stata fatta in modo tale da poter attribuire alle due succursali profitti in realtà ad esse non attribuibili in applicazione della sezione 25 del *TCA 97*.

In particolare, i ricorrenti hanno contestano il fatto che le attività e le funzioni, come identificate dalla Commissione, *«represented only a tiny part of their economic activity and their profits and that, [...], those activities and functions included neither management decision nor strategic decision-making concerning the development or marketing of the IP»*<sup>[39]</sup>.

In aggiunta hanno sottolineato che *«all the strategic decision, [...], were taken following overall commercial strategic determined in Cupertino and implemented by the two companies in question through their management bodies and, [...], outside the Irish branches»*<sup>[40]</sup>.

È superfluo ripercorrere tutta la ricostruzione della struttura e delle attività svolte da ASI e AOE svolta dal Tribunale alle quali rimandiamo.<sup>[41]</sup> Sostanzialmente, i giudici UE di primo grado hanno accolto la censura proposta dai ricorrenti con il primo motivo di ricorso concludendo che *«the Commission erred when it considered that ASI and AOE, through their management bodies, in particular their boards of directors, did not have the ability to perform the essential functions*



*of the companies in question by, [...], delegating their powers to individual executives who were not members of the Irish branches' staff»<sup>[42]</sup>.*

### **3.1.4. Conclusioni del Tribunale sulla valutazione svolta dalla Commissione sull'esistenza di un vantaggio selettivo**

Sulla base delle conclusioni al § 249, con riferimento all'erronea valutazione su quale sia la "normale" tassazione applicabile al caso di specie, e delle conclusioni al § 310, circa l'erronea valutazione di come vengono svolte e sono strutturate le attività all'interno del gruppo Apple, con la sua sentenza il Tribunale ha pertanto constatato che la Commissione «*did not succeed in showing that, [...], the Irish tax authorities granted ASI and AOE an advantage for the purposes of the Article 107(1) TFUE*»<sup>[43]</sup>.

Non essendo la Commissione riuscita a dimostrare il vantaggio, i giudici non hanno poi ritenuto necessario dover continuare l'analisi della censura circa la dimostrazione di una selettività della misura e della mancanza di una giustificazione per aver concesso questo vantaggio ad ASI e AOE.

### **3.2. *Subsidiary line of reasoning.* Vantaggio selettivo derivante dalla scelta inappropriata di metodi per la destinazione degli utili alle filiali irlandesi di ASI e AOE**

Nella c.d. linea sussidiaria di ragionamento la Commissione ha contestato all'Irlanda l'inappropriata scelta dei metodi con i quali sono stati calcolati i profitti di ASI e AOE. La Commissione ha sostenuto che i metodi utilizzati costituivano metodi di allocazione degli utili unilaterali che assomigliavano al metodo *TNMM*<sup>[44]</sup>, e che questi contenessero errori derivanti dalla «*(i) the choice of ASI and AOE's Irish branches as the focus or 'tested party' in one-sided profit allocation methods (recitals 328 to 333 of the contested decision), (ii) the choice of the operating costs as the profit level indicator (recitals 334 to 345 of the contested decision), and (iii) the levels of return accepted (recitals 346 to 359 of the contested decision)*»<sup>[45]</sup>.

Secondo il ragionamento della Commissione, questo avrebbe causato una diminuzione della base imponibile delle due controllate di Apple.

I ricorrenti hanno sostenuto che «*the Commission's assessments of the application of the TNMM and the fact that it relied on instruments developed within the OECD [...]»<sup>[46]</sup>, e hanno contestato «*the three methodological errors specifically referred to by the Commission, namely those concerning the choice of ASI and AOE's Irish branches as the 'tested party' for the profit allocation methods, the choice of the operating costs as the profit level indicator, and the levels of return accepted in the contested tax rulings»<sup>[47]</sup>.**

Circa l'utilizzo del metodo TNMM, il Tribunale ha rigettato<sup>[48]</sup> la censura e ha considerato il suo utilizzo legittimo. Questo infatti è stato usato per accertare se i metodi di ripartizione degli utili approvati dai *ruling* avessero ripartito gli utili in modo corretto.

La legittimità dell'utilizzo derivava anche dal fatto che, sebbene l'*Authorised OECD approach* non fosse previsto dalla legislazione fiscale irlandese, le modalità con cui le Autorità irlandesi hanno applicato la sezione 25 del *TCA 97* coincidono in gran parte con quanto stabilito dall'*Authorised OECD approach*, tanto più che questo viene confermato dall'Irlanda durante l'udienza e dalle relazioni dei ricorrenti le quali hanno invocato il metodo TNMM allo scopo di dimostrare che gli utili imputabili ad ASI e AOE in Irlanda rispettassero il principio di libera concorrenza.

Venendo agli errori dei metodi utilizzati dall'Autorità irlandese (contestati dalla Commissione nella sua decisione del 2016), il Tribunale ha accolto le censure promosse dai ricorrenti.

Per quanto riguarda il primo, il Tribunale ha accolto la censura dei ricorrenti sostenendo che «*the mere statement by the Commission that there is a methodological error resulting from the choice of tested party in connection with the profit allocation methods used in respect of the Irish branches of ASI and AOE approved by the contested tax rulings, even assuming that error is established, is not sufficient, per se, to demonstrate that those tax rulings conferred an advantage on ASI and AOE»<sup>[49]</sup>.*

Infatti, come ben specificato dal Tribunale, «*the Commission would also have needed to demonstrate that such an error had led to a reduction in the chargeable profit of those two companies that they would not have obtained had those rulings not been issued»<sup>[50]</sup>, ma nel caso di specie «*the Commission did not put forward evidence to prove that the choice of ASI and AOE's Irish branches as tested parties**

*had led to a reduction in the chargeable profit of those companies»<sup>[51]</sup>.*

Sul secondo errore il Tribunale ha dichiarato che la Commissione «*did not succeed in demonstrating, in the contested decision, that the choice of the operating costs of the Irish branches of ASI and AOE as the profit level indicator when applying a one-sided profit allocation method was inappropriate»<sup>[52]</sup> e che «*did not submit evidence demonstrating that such a choice, as such, necessarily had to lead to the conclusion that the contested tax rulings had reduced ASI and AOE's tax liability in Ireland»<sup>[53]</sup>.**

Inoltre, seppur possano essere riscontrate delle incongruenze nella metodologia di calcolo, la Commissione, sulla base di quanto detto anche nel punto 348<sup>[54]</sup> della sentenza, «*cannot confine itself to invoking a methodological error but must prove that an advantage has actually been granted, inasmuch as such an error has actually led to a reduction in the tax burden of the companies in question as compared to the burden which they would have borne had the normal rules of taxation been applied. However, it must also be specified that the Commission did not argue in the contested decision that the exclusion of certain categories of operating costs used as a basis for calculating the profit allocated to the branches of ASI and AOE had given rise to an advantage for the purposes of Article 107(1) TFEU»<sup>[55]</sup>.*

Infine, il Tribunale ha accolto anche la censura relativa al terzo errore commesso dalla Commissione. I giudici hanno ritenuto che la Commissione non sia stata in grado di produrre prove sufficienti a dimostrare che i *ruling* del 1991 e del 2007 avessero calcolato in modo errato la remunerazione delle filiali irlandesi di ASI e AOE<sup>[56]</sup>.

### **3.3. *Alternative line of reasoning.* Vantaggio selettivo derivante dalla deroga al quadro di riferimento, anche supponendo che tale quadro consista esclusivamente nella sezione 25 del TCA 97, dai-dei? *ruling* fiscali contestati, che non sono coerenti con il principio di libera concorrenza**

La linea alternativa di ragionamento della Commissione può essere suddivisa in due parti. Per prima cosa la Commissione ha sostenuto che il principio di libera

concorrenza fosse inerente all'applicazione della sezione 25 del TCA 97 e che i *ruling* fiscali contestati, derogando a tale principio, conferissero un vantaggio selettivo ad ASI e AOE sotto forma di riduzione della base imponibile. In secondo luogo, Bruxelles ha sostenuto che, pur supponendo non si dovesse utilizzare il principio di libera concorrenza nell'applicazione della sezione 25 del TCA 97, i *ruling* fiscali contestati dovessero comunque essere considerati come una concessione ad ASI e AOE di un vantaggio selettivo in quanto adottati sulla base di una scelta totalmente discrezionale delle Autorità fiscali irlandesi.

Per quanto riguarda la prima parte della linea di ragionamento della Commissione, basata oltretutto su quanto già detto e respinto dal Tribunale nella linea sussidiaria di ragionamento<sup>[57]</sup>, il Collegio ha accolto la censura dei ricorrenti in quanto anche utilizzando un ragionamento differente la Commissione non è riuscita a dimostrare che i *ruling* fiscale contestati abbiano conferito un vantaggio selettivo ad ASI e AOE.

Venendo alla seconda parte, il Tribunale ha precisato che pur essendoci una carenza di documentazione nell'applicazione della sezione 25 del TCA 97 da parte delle autorità fiscali irlandesi<sup>[58]</sup>, questa carenza nell'analisi deve essere fatta rientrare all'interno di un, seppur deplorabile, difetto metodologico nel calcolo degli utili imponibili di ASI e AOE.

Tuttavia, secondo il Tribunale tale difetto non è da solo sufficiente, come invece sostenuto dalla Commissione, a dimostrare che i *ruling* fiscali contestati fossero il risultato di un ampio potere discrezionale esercitato dalle autorità fiscali irlandesi.

#### **4. Conclusioni del Tribunale sull'esistenza di un vantaggio selettivo**

Sulla base di quanto deciso per ogni linea di ragionamento della Commissione ai punti 312, 348, 504 della sentenza, il Tribunale ha inoltre accolto le censure proposte dai ricorrenti e annullato la decisione impugnata<sup>[59]</sup>, concludendo che la «*Commission did not succeed in showing, in the present instance, that, by issuing the contested tax rulings, the Irish tax authorities had granted ASI and AOE a selective advantage for the purposes of Article 107(1) TFEU*»<sup>[60]</sup>.

Ha inoltre sottolineato che la Commissione, secondo giurisprudenza costante della Corte<sup>[61]</sup>, può qualificare una misura fiscale come aiuto di Stato «*only in so*

*far as the conditions for such a classification are satisfied»<sup>[62]</sup>.*

Con riferimento agli altri motivi di ricorso<sup>[63]</sup>, il Tribunale non ha ritenuto necessario analizzarli<sup>[64]</sup> in quanto la Commissione non è stata in grado di dimostrare che i *ruling* configurassero un vantaggio selettivo ad ASI e AOE.

## 5. Considerazioni finali

Innanzitutto perché nel titolo si fa cenno ad una potenziale sconfitta per la Commissione UE?

Ebbene, è sotto gli occhi di tutti che la politica che l'Unione europea ha intrapreso dal 2014 nella lotta agli accordi fiscali tra Stati membri e le multinazionali si sia fatta più "feroce" – i casi di FCA<sup>[65]</sup> e Starbucks<sup>[66]</sup> insegnano. Il controllo di Bruxelles nei confronti di quegli Stati Membri che hanno normative fiscali che permettono questo tipo di accordi si è fatto sempre più pressante.

Nel quadro politico appena descritto, le mosse normative dell'Unione sono state molte, basti pensare all'obbligo di comunicazione dei *ruling* introdotto con la direttiva 2015/2376<sup>[67]</sup> o anche al potere che la Commissione ha di valutare direttamente se alcune misure fiscali nazionali siano compatibili con il diritto dell'Unione e se rispettino, in particolare, il principio di libera concorrenza declinato nella concessione di aiuti di stato.

All'interno di questa cornice politico – normativa, la sentenza Apple di certo non può essere considerata soltanto un passo falso. Questo vale, in particolare, per due motivi. In *primis* c'è da tenere in considerazione il valore economico della vicenda. In questo caso, si parla di ben 13 miliardi di euro. Nei casi comparabili che hanno riguardato società quali FCA e Starbucks, le cifre si aggiravano invece attorno ai 20 milioni di euro per Starbucks e 30 nel caso di FCA. In secondo luogo, perché nella sentenza appena analizzata il Tribunale, nella sua minuziosa decisione, ha constatato una serie di errori nell'operato della Commissione che possono essere definiti come macroscopici. Nonostante la Commissione abbia correttamente applicato i principi del diritto dell'Unione per dimostrare se i *ruling* contestati potessero essere configurati come aiuti di stato, i suoi ragionamenti sono stati basati soltanto su fatti presuntivi e senza fornire prove concrete, come dimostrato dal Tribunale in più punti della sentenza sopra

analizzata.

Ecco perché si può definire questa sentenza una sconfitta. Infatti, quando la volontà, più volte dichiarata<sup>[68]</sup>, è quella di combattere senza remore la c.d. fiscalità aggressiva e gli accordi fiscali che alcuni Stati membri stipulano con le maggiori multinazionali presenti sul mercato, in violazione del principio di libera concorrenza, nulla deve essere lasciato al caso e la fase istruttoria di raccolta e analisi delle prove deve essere svolta tenendo in considerazione qualsiasi dettaglio con la massima attenzione.

Il caso Apple, pur segnando un evidente punto di arresto nella “guerra” contro la fiscalità aggressiva di alcuni Stati membri, non deve però far cambiare rotta. Anzi, avendo riguardo di quanto statuito dal Tribunale, deve essere un nuovo punto da cui partire, aumentando gli sforzi al fine di giungere finalmente ad una omogeneità tra le normative fiscali degli Stati membri. In effetti, è proprio in questa direzione che può essere letta la decisione della Commissione di proporre appello contro la sentenza del Tribunale<sup>[69]</sup>.

1. Articolo 107(1) TFUE: «1. Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».
2. T-778/16, § 37 - 40.
3. T-778/16, § 41.
4. T-778/16, § 42.
5. Causa T-778/16, ricorso proposto il 9 novembre 2016 — Irlanda/Commissione, *GU C 38 del 6.2.2017*, pagg. 35–36.
6. T-778/16, § 124: «In so far as the Commission was competent, in the context of State aid control, to examine whether the contested tax rulings had constituted such aid, it is therefore necessary to go on to analyse the pleas in law relied on by Ireland and by ASI and AOE which are intended to challenge the merits of each line of reasoning set out by the Commission in the contested decision in order to demonstrate the existence of a selective advantage in the present instance».
- 7.

## CERIDAP

Causa T-778/16, ricorso proposto il 9 novembre 2016 — Irlanda/Commissione, *GU C 38 del 6.2.2017*, pag. 36: «*Ottavo motivo, vertente sul fatto che la Commissione era incompetente ad assumere la decisione e ha violato gli articoli 4 e 5 TUE e il principio di autonomia fiscale degli Stati membri*».

8.  
T-788/16, § 103 - 124.
9.  
T-778/16, § 38.
10.  
T-778/16, § 133.
11.  
T-778/16, § 134.
12.  
Si veda 173/73, *Italy v Commission*, par. 15.
13.  
Si veda C-78/08 to C-80/08, *Paint Graphos and Others*, par. 49.
14.  
T-778/16, § 134.
15.  
T-778/16, § 138.
16.  
T-778/16, § 161.
17.  
T-778/16, § 163 : «*In those circumstances, it is appropriate to consider that the Commission did not err when it concluded that the reference framework in the present instance was the ordinary rules of taxation of corporate profit in Ireland, the intrinsic objective of which was the taxation of profit of all companies subject to tax in that Member State, and, consequently, that that framework included the provisions applicable to non-resident companies laid down in section 25 of the TCA 97*».
18.  
Causa T-778/16, ricorso proposto il 9 novembre 2016 - Irlanda/Commissione, *GU C 38 del 6.2.2017*, pag. 35: «*1. Primo motivo, vertente sul fatto che la Commissione ha commesso manifesti errori di valutazione fraintendendo il diritto irlandese e i fatti pertinenti. La Commissione nella decisione di cui trattasi considera erroneamente che i due pareri formulati nel 1991 e nel 2007 dagli Irish Revenue Commissioners (autorità fiscali e doganali irlandesi) equivarrebbero a una "rinuncia" al gettito fiscale che l'Irlanda sarebbe stata altrimenti autorizzata a riscuotere dalle filiali irlandesi della Apple Sales International (ASI) e della Apple Operations Europe (AOE). I pareri non comportavano alcuna deviazione dal diritto irlandese. Il regime fiscale comune applicabile alle filiali in Irlanda delle società non residenti è disciplinato all'articolo 25 del Taxes Consolidation Act 1997. I pareri rappresentano una mera applicazione dell'articolo 25, che, conformemente al*

*principio di territorialità, tassa soltanto i profitti attribuibili a tale filiale ed esenta i profitti non irlandesi della società. Inoltre, la decisione caratterizza erroneamente le attività e le responsabilità delle filiali irlandesi della ASI e della AOE. Tali filiali svolgevano funzioni di routine; tuttavia tutte le decisioni importanti all'interno della ASI e della AOE erano assunte negli USA e i profitti provenienti da tali decisioni non erano correttamente attribuibili alle filiali irlandesi della ASI e della AOE. L'attribuzione da parte della Commissione delle licenze di proprietà intellettuale della Apple alle filiali irlandesi della AOE e della ASI non è compatibile con il diritto irlandese e, inoltre, è incompatibile con i principi a cui pretende di dare applicazione, in quanto si rifiuta di tenere in considerazione le attività della Apple Inc.».*

19.

*Causa T-778/16, ricorso proposto il 9 novembre 2016 - Irlanda/Commissione, GUC 38 del 6.2.2017, pag. 35: «2. Secondo motivo, vertente su fatto che la Commissione ha commesso manifesti errori nella valutazione relativa all'aiuto di Stato. L'affermazione della Commissione secondo cui alla ASI e alla AOE era stato concesso un "vantaggio" è erronea. I pareri non divergevano dalla "normale" tassazione, poiché la ASI e la AOE non pagavano meno tasse di quanto fosse giustamente dovuto ai sensi dell'articolo 25. La Commissione inoltre erroneamente dichiara che tali pareri erano selettivi. Il sistema di riferimento della Commissione erroneamente ignora la distinzione tra società residenti e non residenti. La Commissione tenta di modificare il regime d'imposta irlandese sulle società in modo che, in base ai pareri, i Revenue Commissioners dovrebbero aver applicato la versione della Commissione del principio della libera concorrenza. Tale principio non è previsto dal diritto dell'Unione europea o dal diritto irlandese rilevante in relazione all'attribuzione degli utili della filiale, e la dichiarazione della Commissione è incompatibile con la sovranità degli Stati membri nel settore della imposizione diretta».*

20.

*Causa T-778/16, ricorso proposto il 9 novembre 2016 - Irlanda/Commissione, GUC 38 del 6.2.2017, pag. 35: «3. Terzo motivo, vertente sul fatto che l'applicazione da parte della Commissione del principio della libera concorrenza non è coerente ed è manifestamente errata. Anche se il principio della libera concorrenza fosse giuridicamente rilevante (cosa che l'Irlanda non accetta), la Commissione non ha proceduto a un'applicazione coerente e non ha esaminato la situazione complessiva del gruppo Apple».*

21.

*Causa T-778/16, ricorso proposto il 9 novembre 2016 - Irlanda/Commissione, GUC 38 del 6.2.2017, pag. 36: «4. Quarto motivo, vertente sul fatto che il ragionamento a titolo sussidiario della Commissione è errato. La Commissione ha erroneamente respinto gli elementi di prova tramite perizie presentati dall'Irlanda a dimostrazione che, anche se il principio della libera concorrenza trovasse applicazione (cosa che l'Irlanda non accetta), il trattamento fiscale della ASI e della AOE era conforme con tale principio».*

22.

*T-778/16, § 174.*



## CERIDAP

23.  
T-778/16, § 175.
24.  
T-778/16, § 177.
25.  
T-778/16, § 187.
26.  
*Highb Court, Ireland, S. Murbpy (Inspector of Taxes) v. Dataproducts (Dub.) Ltd. [1988] I. R. 10 note 4507.*
27.  
T-778/16, § 181.
28.  
T-778/16, § 184.
29.  
T-778/16, § 198. Si vedano anche T-778/16, § 202-203.
30.  
T-778/16, § 204.
31.  
T-778/16, § 207.
32.  
T-778/16, § 210.
33.  
T-778/16, § 215.
34.  
T-778/16, § 218.
35.  
T-778/16, § 231.
36.  
T-778/16, § 240.
37.  
T-778/16, § 244, 245.
38.  
T-778/16, § 249.
39.  
T-778/16, § 254.
40.  
T-778/16, § 254.
41.  
Si veda T-778/16, § 255 – 309.
42.  
T-778/16, § 309.

## CERIDAP

43.  
T-778/16, § 312.
44.  
T-778/16, § 316.
45.  
T-778/16, § 317.
46.  
T-778/16, § 321.
47.  
T-778/16, § 321.
48.  
T-778/16, § 325: «*Having regard to the foregoing, the complaints regarding the use by the Commission of the TNMM, as laid down in, inter alia, the OECD Transfer Pricing Guidelines, in order to ascertain whether the profit allocation method endorsed by the contested tax rulings had led to a reduction in ASI and AOE's tax liability must be rejected*».
49.  
T-778/16, § 333.
50.  
T-778/16, § 333.
51.  
T-778/16, § 333.
52.  
T-778/16, § 413.
53.  
T-778/16, § 414.
54.  
T-778/16, § 348: «*However, as regrettable as that methodological defect is, the Commission, in carrying out its State aid control under Article 107 TFEU, cannot, for its part, confine itself to stating that the choice of ASI and AOE's Irish branches as the tested parties when applying the profit allocation method was incorrect, without proving that the functions actually performed by those branches constituted particularly complex or unique functions, or functions that were difficult to identify, so that the comparables for such a one-sided profit allocation method would not have been identifiable or reliable and, consequently, the resulting allocation would necessarily have been incorrect*».
55.  
T-778/16, § 416.
56.  
T-778/16, § 427.
57.  
T-778/16, § 481.

## CERIDAP

58.  
T-778/16, § 347, 433.
59.  
T-778/16, § 507.
60.  
T-778/16, § 505.
61.  
C-182/03 e C-217/03, *Belgium and Forum 187 v Commission*, par. 84.
62.  
T-778/16, § 506.
63.  
Quinto, sesto, settimo e nono motivo di ricorso.
64.  
T-778/16, § 507: «*In the present instance, as the Commission did not succeed in showing to the requisite legal standard that there was a selective advantage for the purposes of Article 107(1) TFEU, the contested decision must be annulled in its entirety without it being necessary to examine the other pleas in law raised by Ireland and ASI and AOE*».
65.  
Causa T-755/15, *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe contro Commissione europea*.
66.  
Cause T-760/15 e T-636/15, *Paesi Bassi e.a./Commissione*.
67.  
Direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015, recante modifica della direttiva 2011/16/UE, per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale.
68.  
In ultimo si veda «*Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager following today's Court judgment on the Apple tax State aid case in Ireland*», ultima parte: «*The Commission will continue to look at aggressive tax planning measures under EU State aid rules to assess whether they result in illegal State aid. At the same time, State aid enforcement needs to go hand in hand with a change in corporate philosophies and the right legislation to address loopholes and ensure transparency. We have made a lot of progress already at national, European and global levels, and we need to continue to work together to succeed*».
69.  
Si veda lo «*Statement by Executive Vice-President Margrethe on the Commission's decision to appeal the General Court's judgement on Apple tax State aid case in Ireland*».