

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

3 / 2021

LUGLIO - SETTEMBRE

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-Haeberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof. Renato Ruffini, 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, 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*, 2021, 3, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

© 2021 CERIDAP

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

- LOÏC AZOULAI, DOMINIQUE RITLENG E MONICA BONINI, «*L'État, c'est moi*»: *il Consiglio di Stato francese, fra salvaguardia della sicurezza nazionale e protezione dei dati (Consiglio di Stato, Section du Contentieux, 21 aprile 2021, French Data Network e a., nn. 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718)* 1
- FEDERICO GAFFURI, *La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo* 37
- ANNA GIURICKOVIC DATO, *L'inattuazione dei principi di "autocertificazione" e "decertificazione" tra digitalizzazione ed emergenza* 68
- MASSIMILIANO LANZI, *Development of Autonomous Vehicles and Criminal Liability issues: key points* 87
- RICCARDO NOBILE, *COVID-19, dpcm del governo e problemi di sorveglianza linguistica: la tecnica e l'igiene del linguaggio non sono un optional. Spunti per un'analisi linguistica delle misure di contrasto al virus* 102

RASSEGNE E COMMENTI

- GIACOMO PISANI, *La sentenza T-238/2020. Gli aiuti di Stato all'industria del trasporto aereo durante la pandemia da Covid-19* 127
- GIANCARLO VILELLA, *Second half of the ninth legislature: challenges and potential opportunities for the European Union* 140
- FEDERICO VOTTA, *La Corte di giustizia dell'Unione europea torna a fare luce sulla nozione di organismo di diritto pubblico. Una occasione per fare il punto della situazione* 160

RELAZIONI E SEGNALAZIONI

GERARDO CARULLO, <i>Il Consiglio di Stato conferma l'annullamento della delibera di integrazione societaria tra A2A e AEB</i>	187
DIANA-URANIA GALETTA, <i>Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione</i>	197

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

LOÏC AZOULAI, Professore alla Sciences Po Law School Paris.

MONICA BONINI, Professore Associato di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Milano Bicocca

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

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

ANNA GIURICKOVIC DATO, Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università La Sapienza di Roma.

MASSIMILIANO LANZI, Professore a contratto nell'Università di Parma

RICCARDO NOBILE, Segretario Generale del Comune di Pavia

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

DOMINIQUE RITLENG, Professore nell'Università di Strasburgo

GIANCARLO VILELLA, Professore a contratto nell'Università degli Studi di Milano e nell'Università Politecnica delle Marche, già Direttore Generale del Directorate-General for Innovation and Technological Support del Parlamento

europeo

FEDERICO VOTTA, Dottore in giurisprudenza e Cultore della materia in Diritto amministrativo e Diritto amministrativo europeo nell'Università degli Studi di Milano

«L'État, c'est moi»: il Consiglio di Stato francese, fra salvaguardia della sicurezza nazionale e protezione dei dati (Consiglio di Stato, Section du Contentieux, 21 aprile 2021, French Data Network e a., nn. 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718)

Loïc Azoulay, Dominique Ritleng e Monica Bonini

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-9

Il Consiglio di Stato francese ha deliberato che il pericolo che, attualmente, minaccia la sicurezza nazionale, giustifica la conservazione dei dati. Inoltre, il Giudice amministrativo ha stabilito che la possibilità di accedere ai dati di connessione per contrastare forme di criminalità grave non solo risponde, oggi, ai requisiti costituzionali inerenti la prevenzione delle violazioni della legge penale, ma consente pure il tracciamento di soggetti responsabili della commissione di reati. Dopo aver sindacato la conformità delle norme interne in materia di conservazione dei dati di connessione rispetto al diritto dell'Unione europea, e aver stabilito che il recepimento di quest'ultimo (così come interpretato dalla Corte di Giustizia) non pone a rischio le previsioni costituzionali in tema di salvaguardia della sicurezza, il Consiglio di Stato francese stabilisce però che il Governo è tenuto a rivalutare con regolarità l'esistenza di una minaccia nei confronti della sicurezza nazionale tale da giustificare la conservazione generalizzata dei dati, e, di conseguenza, deve sottoporre alla valutazione di una Autorità indipendente la possibilità di continuare a utilizzare, da parte dei servizi di intelligence, a fini investigativi e probatori gli stessi dati.

«L'État, c'est moi»: The French Council of State, between safeguarding national security and data protection (Council of State, Section du Contentieux, 21 April 2021, French Data Network and a., nn. 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718)

The French Council of State rules that the existing threat to national security currently justifies the generalized retention of data. It affirms also that the possibility of accessing connection data in order to fight serious crime allows, at the present time, the constitutional requirements of preventing breaches of law and order, and the tracking down of authors of criminal offences to be ensured. However, after examining the conformity with EU law of French rules on the retention of connection data, and verifying that the implementation of EU law (as interpreted by the European Court of Justice) does not jeopardize the requirements of the French Constitution, the French Council of State orders the Government to reassess regularly the threat that exists in France so as to justify the generalized retention of data, and to submit the use of these same data by the intelligence services to clearance provided by an independent authority.

1. Considerazioni introduttive

La pronuncia del 21 aprile 2021 del Consiglio di Stato francese suscita grande interesse in ragione della complessità che caratterizza le materie in essa trattate: il tema della sicurezza investe infatti, in modo del tutto peculiare, non solo questioni di natura giuridica, ma, anche, politica e sociologica; quello inerente il rapporto di leale cooperazione fra le Corti all'interno dell'Unione europea e il rispetto del diritto primario sovranazionale tocca, invece, aspetti di importanza più che significativa per l'evoluzione futura del processo di integrazione sovranazionale^[1].

Nell'affrontare gli argomenti appena ricordati, il Consiglio ha di certo dato prova di notevole equilibrio; al tempo stesso, però, ha formulato considerazioni che, per quanto si spiegherà nel corso di queste riflessioni, potrebbero porre a rischio proprio i diritti di libertà che lo stesso Giudice amministrativo francese desidera proteggere.

In quest'ottica, in relazione agli aspetti specifici del più ampio dibattito inerente la salvaguardia della sicurezza nazionale, va anzitutto sottolineato quanto l'esistenza di opposte esigenze nello stesso ambito – discendenti dal noto confronto fra “autorità” e “libertà” - renda arduo formulare qualsivoglia riflessione giuridica nella materia. Nel caso di specie, poi, l'intreccio fra quest'ultima e i nuovi, delicati profili inerenti l'accesso, la conservazione e il

trattamento dei dati gravano ulteriormente sul compito in questione.

Fra molto altro, certo è poi che il dilemma che investe il tema della sicurezza risulti quasi impossibile da sciogliere se, nella prospettiva appena proposta, si riflette in modo rigido sull'equilibrio da raggiungere fra la necessità di garantire la sicurezza della collettività – per quanto qui interessa, ricorrendo allo strumento della sorveglianza indiscriminata – e l'esigenza di preservare le libertà dell'individuo. Da un lato, infatti, definire ogni forma di sorveglianza oggi utilizzata come mezzo arbitrario al servizio di poteri non democratici è cosa eccessiva; dall'altro, sostenere che le libertà individuali possano subire compressioni di straordinaria entità per tutelare l'interesse generale è affermazione da rifiutare.

Soltanto in teoria, dunque, la dicotomia autorità/libertà poco sopra accennata potrebbe venire risolta in modo semplice – ossia affermando che il pubblico potere sia tenuto a far fronte a ogni possibile minaccia alla sicurezza senza sacrificare, allo stesso fine, le libertà fondamentali costituzionalmente protette. In concreto, l'era digitale ha reso oltremodo difficile dare attuazione a questo assunto: la Rete si è difatti rivelata lo spazio all'interno del quale proprio tecniche di sorveglianza particolarmente invasive, o pericolose modalità di raccolta dei dati, sono mezzi utilizzati tanto dai pubblici poteri, quanto da chi persegue disegni criminali o sovversivi – con le conseguenze facilmente immaginabili per il più pieno rispetto dei diritti di libertà.

L'Unione europea ha provato a delineare un quadro normativo capace di fronteggiare le caratteristiche e i rischi che connotano una materia così delicata. Le origini del modello adottato allo scopo vanno rintracciate nella giurisprudenza tedesca in materia di lotta al terrorismo (sviluppata negli anni Settanta e Ottanta dello scorso secolo^[2]); in quella della Corte dei Diritti dell'Uomo (o Corte EDU) adottata negli anni successivi, così come nelle sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CDGUE o Corte). In particolare, proprio la CDGUE, ogni qualvolta ha dovuto pronunciarsi in tema di protezione dei dati personali, ha assunto quale punto di riferimento le sentenze del Giudice delle leggi tedesco^[3]. Solo con il passare del tempo, la stessa Corte ha sviluppato ulteriormente l'approccio iniziale, giungendo a delineare la protezione dei diritti degli utenti nell'era digitale come uno dei tratti distintivi dell'ordinamento sovranazionale^[4]. In questa prospettiva la CDGUE ha individuato garanzie

rigorose^[5] in materia di tecniche di raccolta, conservazione e utilizzo a fini investigativi o conoscitivi dei dati^[6].

È in questa particolare cornice che si inserisce la pronuncia del Consiglio di Stato qui commentata, con la quale vengono affrontati sia aspetti inerenti il difficile equilibrio fra protezione dei dati e garanzia della sicurezza nazionale, sia questioni che investono rispettivamente, in modo ben più problematico, il principio del primato del diritto dell'Unione europea (o UE) e quello di attribuzione delle competenze alla CDGUE.

2. La normativa francese in materia di raccolta, conservazione e utilizzo dei dati

La normativa nazionale distingue tre tipologie di dati (con riguardo alla loro identità, nonché al traffico e alla localizzazione degli stessi) in ragione della differenza che intercorre fra i c.d. dati» e i «dati di connessione»^[7].

Più specificamente, due sono le ipotesi che permettono alle pubbliche autorità di raccogliere dati nel corso di indagini di rilevanza penale: anzitutto, laddove abbiano ottenuto una autorizzazione in tal senso (che permetta loro di accedere a ogni luogo – anche immateriale - o mezzo tecnologico che consenta di rintracciare i dati: Rete, cavo o satellite); oppure, rivolgendosi a quegli operatori privati in capo ai quali è stato posto l'obbligo di raccogliere, trattare, conservare e trasmettere i dati utili alle attività appena ricordate (ipotesi già disciplinata dalla vigente disciplina nazionale in materia di conservazione e traffico dei dati). È però importante sottolineare proprio in questo contesto che, in Francia, l'articolo L.34-1 del «Codice delle poste e delle comunicazioni elettroniche» (in breve CPCE) sancisce - in applicazione della Direttiva 2002/58 (nota come «Direttiva *e-privacy*») - il principio della cancellazione e della anonimizzazione dei dati di connessione^[8], e impone agli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche due obblighi, un primo, di conservazione della durata massima – non derogabile - di un anno, e un secondo, di raccolta (sempre degli stessi dati) soltanto per perseguire atti penalmente rilevanti. La disposizione in commento, peraltro, deve essere interpretata anche alla luce dell'art. 6 della legge 21 giugno 2004, n. 2004-575 (LCEN), che obbliga i *service provider* e gli utenti della Rete a conservare i dati utili alla identificazione di specifici soggetti – e a poter

intervenire, a questo stesso scopo, pure sui contenuti presenti in Rete.

La particolare delicatezza delle fattispecie ricordate è oggetto di una cornice giuridica di rango primario: l'accesso dei servizi di *intelligence* ai dati di connessione è difatti disciplinato dalla legge del 24 luglio 2015, n. 2015-912 (v. specc. gli artt. 851-1 del «Codice sulla Sicurezza Nazionale» o CSI). Questa normativa consente - peraltro ai soli fini di salvaguardia della sicurezza nazionale^[9] - di raccogliere dati di connessione esclusivamente una volta ottenuta l'autorizzazione in tal senso dal Primo Ministro, e dopo il parere espresso dalla «Commissione nazionale di controllo delle tecniche di raccolta informazioni» (CNCTR).

In Francia, diversi ricorsi sono stati presentati per far dichiarare il quadro normativo qui riassunto in estrema sintesi (e anche ulteriori norme) come non conforme alla disciplina sovranazionale in materia; in particolare, i ricorsi hanno avuto ad oggetto l'art. R 10-13 CPCE e il decreto del 25 febbraio 2011, n. 2011-219 (che, rispettivamente, danno applicazione agli artt. 34-1 CPCE e 6 LCEN, i quali, a loro volta, stabiliscono quali dati possano essere conservati e per quale lasso di tempo – ossia, come poco sopra affermato, un anno).

Con la decisione del 26 luglio 2018, il Consiglio di Stato francese ha ritenuto anzitutto necessario sollevare alcune questioni pregiudiziali dinanzi la CDGUE relative all'interpretazione dell'art. 15, paragrafo 1, della Direttiva 2002/58, sulle quali ci si sofferma di seguito.

3. La pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Il Consiglio di Stato ritiene che la normativa francese vigente non violi la protezione dei dati personali così come disciplinata dalla Direttiva «*e-privacy*»: quest'ultima fonte, infatti, afferma il Giudice amministrativo, non impedisce agli Stati membri di introdurre deroghe alla tutela della protezione dei dati, ma chiede solo di adottarle nei limiti di quanto necessario tanto per salvaguardare la sicurezza pubblica, quanto al fine di perseguire atti penalmente rilevanti o prevenire l'utilizzo illecito delle comunicazioni elettroniche^[10].

In questa prospettiva, il rinvio pregiudiziale pare avere due obiettivi. Anzitutto, il Consiglio di Stato sembra voler invitare la CDGUE a riformulare la precedente

giurisprudenza sovranazionale in materia - del resto, solo così facendo la Corte potrebbe (indirettamente) far salva la disciplina francese sulla raccolta e conservazione dei dati personali, altrimenti non conforme a quanto stabilito dall'art. 15, paragrafo 1, della Direttiva 2002/58^[11]. In secondo luogo, il Giudice amministrativo pare sollecitare la formulazione di una pronuncia pregiudiziale che permetta, in futuro, di qualificare l'obbligo interno di conservazione dei dati come una misura di certo derogatoria della disciplina sovranazionale, ma giustificata in ragione della fattispecie alla quale l'obbligo nazionale va ricondotto – ossia una minaccia grave e persistente della sicurezza nazionale. Con la sentenza del 6 ottobre 2020, la CDGUE stabilisce però che qualsivoglia normativa nazionale sulle modalità di conservazione dei dati è conforme alla Direttiva «*e-privacy*» soltanto se applicata in misura limitata e circostanze rigidamente circoscritte^[12].

Superfluo sottolineare come la pronuncia pregiudiziale non risponda alle aspettative poco sopra accennate del Consiglio di Stato. Ciò nonostante, il Giudice francese – a differenza di quanto auspicava il Governo – da un lato sceglie di non adottare una posizione paragonabile a quella sposata dal Tribunale costituzionale federale tedesco con la nota sentenza «Weiss» (per questa *infra* nelle note e nel testo). Dall'altro, però, coglie l'occasione per esprimersi in materia di sicurezza nazionale, distinguendo gli ambiti di competenza del diritto nazionale e sovranazionale sul punto (v. *sub* pgff. 4. ss.) e individuando una forma di equilibrio fra tutela delle libertà e protezione della sicurezza differente da quella nota al diritto dell'UE (v. *sub* pgff. 6. ss.).

4. Elementi di novità nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato ritiene che la pronuncia «French Data Network» si ponga in linea di continuità con la giurisprudenza precedente nota come «Arcelor»^[13]: la sentenza dello scorso aprile, infatti, anche se frutto di un confronto aspro fra le due Corti^[14], a suo avviso sarebbe stata adottata nel pieno rispetto delle competenze della CDGUE. Diversi motivi inducono a esprimere una valutazione in parte differente^[15].

Con la decisione in commento, infatti, il Giudice amministrativo declina la

giurisprudenza «Arcelor» in modo da negare alla CDGUE la competenza a esprimersi quando, in rilievo, vengano funzioni essenziali dello Stato - come la salvaguardia della sicurezza nazionale o il mantenimento dell'ordine pubblico. In particolare, il Consiglio di Stato muta il suo approccio rispetto al principio del primato del diritto dell'Unione, interpretandolo in modo da riservare al solo Giudice amministrativo la più precisa definizione delle esigenze pubbliche in materia di sicurezza (v. *sub* pgf. 5.). Così ragionando, però, il Consiglio rischia di porsi in conflitto con la Corte dell'Unione (v. *sub* pgf. *sub* 6.), soprattutto laddove quest'ultima si sia pronunciata in via pregiudiziale sul punto o su materie che, comunque, interessano beni giuridici simili.

5. L'evoluzione della «clausola Arcelor»

Per comprendere al meglio il contesto descritto e le scelte recenti del Consiglio di Stato pare opportuno ricostruire di seguito la posizione assunta dal Governo francese in relazione al caso di specie, e solo successivamente quella del Giudice amministrativo.

L'Esecutivo persegue un chiaro obiettivo, che consiste nell'impedire che non si possa più dare applicazione alla disciplina interna perché incompatibile con la Direttiva 2002/58. Di conseguenza, il Governo adotta una strategia precisa: sostiene anzitutto che, nell'affrontare i profili sollevati in via pregiudiziale, la CDGUE non abbia tenuto conto delle competenze riconosciute agli Stati membri dall'art. 4, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea (o TUE) e afferma, poi, che la pronuncia pregiudiziale ostacola la salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione e la protezione dell'ordine pubblico, nonché il perseguimento di fattispecie penalmente rilevanti e la lotta al terrorismo. In questa prospettiva, l'Esecutivo invita il Consiglio di Stato a non dare applicazione alla pronuncia pregiudiziale, ritenendola un atto *ultra vires* - ossia adottato in violazione del principio di attribuzione delle competenze.

La reazione del Giudice amministrativo è ben differente da quella così sollecitata. Il Consiglio di Stato non solo sceglie di non seguire l'esempio dato da altri Corti europee in materia di sindacato nazionale su atti *ultra vires* dell'Unione^[16], ma rifiuta in modo fermo la posizione del Governo, affermando in modo netto che non ritiene possibile esercitare un controllo di conformità al diritto primario sulle

decisioni della CDGUE. A sostegno della sua posizione il Giudice francese richiama, in particolare, anche l'art. 91 del «Regolamento di procedura» della stessa Corte sovranazionale (sul punto v. pure quanto affermato dal *rapporteur public* in merito alla sentenza «Tele2 sverige»^[17]).

Due, forse, i motivi a fondamento di una tale scelta. Il Giudice amministrativo potrebbe non voler compromettere il dialogo con la CDGUE - anzi, potrebbe proprio voler manifestare l'intenzione di rispettarne il ruolo di unica interprete del diritto dell'Unione. Stupisce però che, a questo scopo, esso richiami l'art. 91 del «Regolamento di procedura» della Corte, dando così l'impressione di osservare questa disposizione come una norma sovranazionale da recepire nel diritto interno^[18]. In secondo luogo, consapevole dell'atteggiamento con il quale le Corti polacca e ungherese hanno accolto la sentenza «Weiss»^[19], il Consiglio di Stato potrebbe voler evitare ogni possibile strumentalizzazione di una sua decisione da parte delle c.d. democrazie «illiberali» europee.

C'è però anche un ulteriore profilo sul quale vale la pena di riflettere in modo più approfondito: è ragionevole pensare che, solo rifiutando di esercitare il sindacato su presunti atti sovranazionali *ultra vires*, il Consiglio possa confrontarsi al meglio in punto di diritto con la posizione espressa dal Governo.

Per giungere (in ogni caso) a stabilire che la norma interna può ben derogare alla Direttiva «*e-privacy*», il Consiglio di Stato ricorda infatti che, nell'ordinamento giuridico interno, la Costituzione ha rango superprimario^[20]. Di stretta conseguenza, il Giudice amministrativo chiarisce come l'obbligo a carico degli Stati membri di dare applicazione al diritto dell'Unione (e di rispettarne l'interpretazione fornita dalla CDGUE) discenda non dai soli Trattati sovranazionali, ma dalla lettura congiunta degli artt. 4, paragrafo 3 e 19 TUE, e 88-1 della Costituzione francese (ossia dalla disposizione costituzionale che consente alla Francia di partecipare al processo di integrazione europea)^[21]. In altri termini, il Consiglio di Stato ritiene decisivo ricondurre la primazia del diritto sovranazionale a questa specifica disposizione costituzionale - o, per meglio dire, all'ordinamento interno al vertice del quale è collocata la Costituzione^[22].

In questa nuova e diversa prospettiva, la «clausola Arcelor» non esclude^[23], quindi, che il diritto sovranazionale possa essere sottoposto al sindacato di conformità a Costituzione, ma comporta^[24], invece, che tale controllo venga

svolto unicamente nel rispetto di modalità «particolari»: più chiaramente, modalità tali da conciliare, nella massima misura possibile, la supremazia della Costituzione da un lato, e l'obbligo di natura costituzionale inerente il pieno rispetto del diritto dell'Unione dall'altro^[25].

Come ovvio, il problema è semplice da fronteggiare in teoria, ma ben più difficile da risolvere, al contrario, nei tanti casi in cui l'adozione di disposizioni regolamentari nazionali, necessarie per recepire a livello interno una direttiva, sia caratterizzata da un margine di discrezionalità^[26]. In ipotesi simili, spiega il Consiglio di Stato, spetterà al Giudice amministrativo individuare una norma, o un principio generale di diritto dell'Unione, che, così come interpretati dalla CDGUE, permettano comunque di garantire il rispetto della norma interna o del principio costituzionale in gioco. La direttiva o il regolamento dovranno quindi essere sindacati alla luce della norma sovranazionale individuata come appena accennato - se necessario, sollevando allo scopo una questione pregiudiziale dinanzi la CDGUE. Nel caso in cui, invece, non fosse possibile individuare una norma sovranazionale di questo tenore, non resterà che esercitare il sindacato sul diritto derivato dell'Unione adottando come parametro la Costituzione francese. Ed è proprio nel caso in commento che il Consiglio di Stato esercita il peculiare controllo appena descritto, finendo di stretta conseguenza con l'applicare la «clausola Arcelor» in modo differente rispetto a quello per il quale era stata concepita in origine^[27]. Non bisogna però dimenticare un dettaglio importante: il caso di specie è del tutto particolare (e, per questa ragione, diverso da quello risalente), perché il ricorrente chiede al Giudice amministrativo di stabilire che le pubbliche autorità nazionali invocano la violazione della Costituzione per sottrarsi al rispetto del diritto dell'Unione. È in questo anomalo contesto, quindi, che il Governo si trova a sostenere che la Direttiva 2002/58 è inconciliabile con il diritto costituzionale francese, perché soltanto così può evitare (come già suggerito, *supra*) che non si possa più dare applicazione alla normativa interna in materia di conservazione e raccolta dei dati - in quanto non conforme alla Direttiva «*e-privacy*»^[28].

Nel caso di specie, il rispetto dei diritti e dei principi garantiti dalla Costituzione francese non viene dunque evocato per giustificare la disapplicazione del diritto dell'Unione: questo approccio caratterizzava la «clausola Arcelor» unicamente nella sua versione originaria, ossia quando si rendeva necessario verificare che la

garanzia sovranazionale e interna del diritto di proprietà e di iniziativa privata^[29], della libertà di espressione^[30], del principio di eguaglianza^[31] e di precauzione^[32] fossero equivalenti. Oggi, invece, il Governo ritiene che far venir meno una specifica normativa nazionale perché inconciliabile con la Direttiva «*e-privacy*»^[33] possa impedire di rispettare pienamente irrinunciabili esigenze di natura costituzionale – fra queste, come affermato nella giurisprudenza risalente del Consiglio^[34], quelle sulla salvaguardia della sicurezza e sulla protezione dell'ordine pubblico^[35].

Le specificità del caso trattato non vanno quindi rintracciate nella esigenza di verificare che l'attività pubblica rispetti i principi posti a protezione dei diritti della persona umana, ma, al contrario, nella necessità di individuare un fondamento giuridico che possa connotare l'azione pubblica come espressione dei compiti fondamentali dello Stato (nello specifico della salvaguardia della sicurezza). Non stupisce allora che, in questa luce, il Giudice amministrativo compia ogni sforzo possibile per definire nella prospettiva appena ricostruita le attività pubbliche connesse alla protezione della sicurezza, giungendo a delinearle o come condizioni indispensabili per tutelare in modo efficace i diritti fondamentali, oppure come un vero e proprio obbligo posto a carico dello Stato^[36]. Che un simile approccio muti la «clausola Arcelor», offuscandone (fra molto altro) il carattere “pluralista” che essa aveva in passato – o, per meglio dire, l'approccio multilivello che la permeava, rendendola strumento capace di individuare, a livello interno e sovranazionale, profili di convergenza nella più ampia materia dei diritti e delle competenze degli Stati e dell'Unione - sembra davvero cosa difficile da negare.

6. Due prospettive contrastanti?

Con il peculiare controllo di conformità a Costituzione avente a oggetto la Direttiva 2002/58 così come interpretata dalla CDGUE, il Consiglio sembra perseguire un obiettivo: individuare la base giuridica di rango superprimario e primario (per la prima *supra*, il pgf. 5, per quest'ultima *infra*, il pgf. 9) alla quale ricondurre la protezione degli interessi nazionali, la salvaguardia della sicurezza e dell'ordine pubblico, nonché un'efficace azione di contrasto alla criminalità e al terrorismo^[37]. Come già suggerito, così ragionando il Consiglio di Stato - pur non

spingendosi fino a mettere in discussione il ruolo di unica interprete del diritto dell'Unione della CDGUE^[38] - pare applicare in modo nuovo la «clausola Arcelor». Inoltre, anche se rifiuta di sindacare gli atti sovranazionali ritenuti *ultra vires*, sembra non rinunciare a porre un argine al recepimento, nell'ordinamento interno, di quelle norme sovranazionali che non rispettino la Costituzione francese^[39].

Per questa via il Consiglio di Stato pare proprio trovare un punto di equilibrio fra esigenze opposte: esso nega di certo alla CDGUE di potersi esprimere, pronunciandosi in modo vincolante, sulle questioni inerenti la sicurezza - non tanto o solo perché disciplinate dall'ordinamento giuridico nazionale, ma in quanto strettamente connesse all'esercizio di una funzione essenziale dello Stato. Così facendo, peraltro, non si distacca dalla posizione del *rapporteur public*, per il quale solo il Giudice nazionale può assumere una decisione quando in rilievo vengono le esigenze di pubblica sicurezza, che, in quanto tali, sono di esclusiva spettanza dello Stato^[40].

Ciò detto, è alla luce di questo risultato che l'evoluzione subita dalla «clausola Arcelor» si manifesta in modo evidente, e con essa il rischio, al fondo, di un ridimensionamento del ruolo della CDGUE.

Ora, per il Consiglio di Stato, la CDGUE, in ragione dell'art. 52, paragrafo 1 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta dei Diritti o Carta), può di certo verificare che i diritti fondamentali - garantiti da questa stessa fonte - subiscano compressioni soltanto se indispensabile per perseguire finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione (finalità fra le quali si possono annoverare, senza dubbio, la salvaguardia della sicurezza nazionale e la lotta contro gravi forme di criminalità). Il Giudice amministrativo riconosce, inoltre, che, dalla protezione dei diritti fondamentali possano derivare obblighi positivi in materia penale e di sicurezza da porre a carico dello Stato; al tempo stesso, tuttavia, non esita a ricordare l'obbligo gravante sull'Unione e sulla CDGUE, in virtù dell'art. 4, paragrafo 2, TUE, di rispettare «le funzioni essenziali dello Stato» e, in particolare, «la funzione di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale», sottolineando (a scanso di equivoci) che proprio il testo del Trattato stabilisce che «la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro»^[41].

Per il Governo, proprio la disciplina ricordata non permetterebbe di ritenere che l'eventuale protezione sovranazionale di specifici interessi nazionali sia paragonabile a quella interna ^[42]. Sostiene infatti il *rapporteur public* che «rispettare» le funzioni affidate allo Stato non equivalga a «garantirle»: la differenza sarebbe significativa soprattutto in una precisa ottica ^[43]. La CDGUE può di certo soffermarsi sulla salvaguardia della sicurezza nazionale e pubblica quando ragiona delle limitazioni che possono o meno essere apportate ai diritti ^[44]; tuttavia, spetta soltanto gli Stati membri assicurare la salvaguardia della sicurezza ^[45]. In questa luce, anche se diversi possono essere gli sforzi della CDGUE ^[46] e degli Stati in materia, la considerazione appena fatta non può cambiare.

Pure dinanzi all'approccio del *rapporteur public* qui riassunto, il Consiglio di Stato tenta di individuare il punto di equilibrio che permetta al pubblico potere di garantire la sicurezza senza sacrificare in modo eccessivo i diritti fondamentali. Vero è che, se affermasse il contrario, il Giudice amministrativo rischierebbe di sposare una concezione dello Stato ben diversa da quella ancorata agli ideali liberali improntati alla inviolabilità delle libertà ^[47], con il rischio di garantire forme di sicurezza articolate sull'utilizzo di tecniche più che invasive di sorveglianza e di investigazione. Ciò detto, sorge comunque il dubbio che il Consiglio di Stato adotti questo approccio logico-giuridico perché ritiene di essere l'istituzione cui spetta l'ultima parola in questa delicatissima materia. E anche questa, specifica ottica porta a pensare che il Giudice amministrativo abbia declinato in modo nuovo la «riserva Arcelor».

Nel caso di specie, l'applicazione della clausola pare infatti porre su versanti opposti lo Stato – o, meglio, le concrete funzioni ad esso affidate – e i diritti fondamentali – caratterizzati da una dimensione non soltanto normativa, ma, in qualche misura, anche simbolica. Se l'impressione che il Consiglio si erga a custode della funzione statale della sicurezza è corretta ^[48], il pericolo è che, in ragione di un approccio simile, il Giudice amministrativo finisca col concentrare tutta la sua attenzione sulla sola tutela di quel bene giuridico ^[49]. In questa prospettiva, fra molto altro, la sentenza «French Data Network» solleciterebbe pure, e in modo urgente, una riflessione rinnovata sulle ragioni che, molto tempo addietro, avevano condotto alla istituzione della giustizia amministrativa ^[50]. L'affermazione è forte, ma vale la pena di sottolineare che essa sembra avvalorata

dalle parole del *rapporteur public*, specialmente laddove egli sostiene che la soluzione proposta nella sentenza pregiudiziale rischia di compromettere la protezione della sicurezza nazionale in Francia^[51].

Quasi superfluo quindi ribadire che, se questa è la logica complessiva che sottostà alla pronuncia dell'aprile scorso, la «riserva Arcelor»^[52] non può più – pure per il futuro - essere osservata come baluardo posto a difesa di una coesistenza equilibrata fra le differenti forme di protezione della sicurezza esistenti a livello nazionale e dell'Unione^[53]. C'è però anche di più. Il Consiglio di Stato ritiene che la Direttiva 2002/58 e la giurisprudenza della CDGUE poggino su considerazioni di natura economica, strettamente connesse alla sola realizzazione del mercato interno^[54].

A ben vedere, non pare che questo sia l'approccio adottato dalla CDGUE nell'interpretare la Direttiva^[55]: in ogni caso, e proprio partendo dall'assunto per il quale la sicurezza è materia di competenza esclusiva dello Stato, il Giudice amministrativo sembra ritenere che l'Unione non sia in grado di garantire appieno il bene giuridico in discorso - o, per meglio dire, il Consiglio di Stato pare sposare un preciso passaggio della argomentazione del *rapporteur public*, ossia quello dove quest'ultimo afferma che la CDGUE sarebbe una giurisdizione animata da uno spirito di forte diffidenza nei confronti delle pubbliche autorità, tale da farle ritenere che la sorveglianza di massa sia un pericolo concreto e attuale^[56]. Sempre secondo il *rapporteur public*, ben diverso rispetto a questo, invece, l'atteggiamento adottato dal Consiglio di Stato^[57], considerazione che porta lo stesso *rapporteur* a temere come, proprio in virtù di una simile differenza di vedute, sarebbe grave sottrarre al Giudice amministrativo la possibilità di esprimersi quando siano in discussione funzioni essenziali dello Stato.

In poche parole: riuscire a sintetizzare posizioni così differenti in modo coerente e in punto di diritto è cosa difficile al punto da far nascere una impressione. Il Consiglio di Stato, nella sostanza, non pare essere riuscito a formulare il dispositivo della pronuncia in modo da chiarire che non è sua intenzione rifiutare l'interpretazione della Direttiva resa in via pregiudiziale dalla Corte – il problema, tuttavia, è e resta notevole, perché la sentenza, fra le righe, lascia intravedere una concezione della sicurezza finora sconosciuta.

7. Verso il declino del dialogo fra le Corti? Alcuni profili critici della pronuncia del Consiglio di Stato

È importante approfondire ulteriormente l'approccio adottato dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento.

Il Giudice amministrativo sembra in qualche misura provare a ricondurre il modello sovranazionale di salvaguardia della sicurezza^[58] a quello caratterizzante l'ordinamento giuridico interno^[59]: forse per questa ragione esso afferma che intende confrontarsi soltanto con alcuni profili interpretativi emersi nella pronuncia della CDGUE^[60] - con l'ulteriore conseguenza di riuscire, adottando proprio questa strategia, a non disconoscere (in modo espresso) il diritto primario dell'Unione o la pronuncia della CDGUE. Ciò nonostante, il ragionamento complessivo adottato dal Giudice francese pare potersi comunque riflettere - purtroppo in negativo - sul dialogo fra le due giurisdizioni.

Fermo restando quanto appena affermato, il Consiglio di Stato sembra però condividere almeno una delle affermazioni formulate dalla CDGUE^[61]: la Direttiva 2020/58 disciplina di certo l'accesso e la conservazione dei dati di connessione quando questi sono oggetto di trattamento da parte di fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche, anche se il trattamento stesso, in quanto riconducibile a finalità connaturate alle attività pubbliche, in linea teorica potrebbe essere sottratto alla Direttiva^[62]. Per il Giudice francese, la stessa considerazione vale pure per il «Regolamento generale sulla protezione dei dati personali» (e per gli operatori da questo interessati^[63]): a parere di chi scrive, questo approccio suscita invece qualche interrogativo.

L'interpretazione accolta dal Consiglio sembra infatti mal sposarsi con la chiara intenzione del Legislatore europeo, espressa all'art. 1, paragrafo 3, della Direttiva stessa, e corrispondente alla *ratio* dell'art. 4, paragrafo 2 TUE: le attività in materia penale, di pubblica sicurezza e difesa dello Stato spettano al solo livello nazionale^[64]. Vero è che queste previsioni sembrano frutto di una distinzione artificiosa fra attori pubblici (in quanto tali esclusi dall'applicazione della disciplina della Direttiva 2020/58) e privati (soggetti a questa disciplina indipendentemente dalla finalità del trattamento dei dati in loro possesso^[65]): nella maggiore parte dei paesi europei, infatti, le attività di *intelligence* vengono condotte in grande parte grazie alla cooperazione fra pubblici poteri e attori

privati^[66]. In questa ottica si può ben comprendere che la CDGUE ritenga necessario estendere il campo di applicazione della Direttiva a tutti i diversi soggetti in gioco; in caso contrario, sarebbe infatti molto più facile impedire qualsivoglia sindacato sulle più elementari violazioni dei diritti – o, per meglio dire, per impedire il controllo in questione sarebbe sufficiente ricordare che la protezione della sicurezza spetta soltanto a poteri pubblici.

Ora, la lettura corretta utile per sciogliere i nodi problematici evocati potrebbe essere la seguente: il Consiglio di Stato non desidera argomentare come appena suggerito, ma unicamente chiarire che ogni attività dei poteri pubblici inerente la sicurezza debba essere sottratta alla previsione di cui all'art. 15, paragrafo 17 della Direttiva «*e-privacy*»^[67]. Se così è, è però necessario capire se il Consiglio di Stato, con la sentenza dell'aprile 2021, rispetti pienamente la deroga alla Direttiva così come definita dalla Corte nella pronuncia pregiudiziale, oppure se, tutto al contrario, esso abbia trasformato una deroga ideata come strumento posto a presidio dei diritti in un mezzo per salvaguardare la propria concezione della sicurezza. In questa luce, tre sembrano i profili critici sui quali è bene riflettere.

8. Il ridimensionamento del quadro normativo sovranazionale

La CDGUE trae dalla giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo (o Corte EDU) la convinzione che sia indispensabile individuare un quadro normativo capace di garantire la sicurezza nel rispetto delle libertà^[68]. Questo approccio, inutile dirlo, è complesso, perché riposa su un nòvero di garanzie chiamate ad assicurare che la protezione dei diritti non venga meno anche quando si manifestano minacce alla sicurezza gravi al punto da richiedere che un Governo democratico faccia uso della forza per debellarle^[69]. Qui, tuttavia, il Consiglio di Stato pare aprire uno spiraglio a un ben diverso approccio.

L'impressione discende, innanzi tutto, da alcuni passaggi della sentenza, dedicati dal Giudice amministrativo all'analisi dell'obbligo generalizzato e indiscriminato di conservazione dei dati di connessione a fini di salvaguardia della sicurezza nazionale. La CDGUE, va sottolineato, non si oppone in linea di massima a un simile obbligo, ma chiede che il pericolo che lo giustifica sia grave ed imminente^[70]. Diversa la posizione sullo stesso punto del Consiglio di Stato, che

sottolinea, anche in ragione di quanto accaduto nel Paese fin dal 2015^[71], come una simile valutazione non sia mai semplice da svolgere in concreto^[72]. Per questo motivo il Consiglio può solo imporre al Governo di riesaminare periodicamente la necessità di conservazione dei dati alla luce dell'evoluzione nel tempo dei pericoli temuti. Questo il punto di equilibrio fra autorità e libertà individuato dal Giudice francese; chiaro che lo stesso approccio, se ricondotto invece alla rigida prospettiva della protezione da assicurare ai diritti – ossia quella del diritto sovranazionale - può risultare del tutto insufficiente allo scopo di non sacrificare le libertà.

È dunque fuori discussione che il Consiglio di Stato (a differenza di quanto fatto dalla CDGUE) ridimensioni fortemente l'esigenza di garantire in modo intenso i diritti quando si abbia ragione di temere una minaccia grave e imminente^[73] - con il che, peraltro, il Giudice amministrativo riconosce in via implicita maggiore peso alla valutazione operata dal Governo dei rischi corsi dalla sicurezza nazionale^[74]. Il Consiglio adotta poi lo stesso atteggiamento pure quando si sofferma sulla conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati di connessione, ritenuta indispensabile per contrastare la criminalità e prevenire aggressioni all'ordine pubblico. Anche in questa ipotesi non sembra che la CDGUE si opponga all'adozione di misure preventive che comportino l'utilizzo di tecniche di conservazione dei dati di connessione, addirittura nell'ipotesi in cui queste misure riguardino persone terze: provvedimenti simili sono del tutto giustificati dall'esigenza di contrastare la criminalità e le minacce alla pubblica sicurezza^[75]. Dal canto suo, però, il Consiglio sembra adottare un atteggiamento particolarmente rigido, perché ritiene che le tecniche di questa natura^[76] (al pari di altre^[77]) non siano sufficienti per tutelare in modo efficace la sicurezza^[78].

Il Giudice amministrativo, così ragionando, par dunque interrogarsi al fondo sul mezzo di fatto più utile per garantire la sicurezza. Ora, sembra cosa ovvia che, in quanto consigliere del Governo^[79], il Giudice amministrativo ritenga che la conservazione dei dati di connessione e la sorveglianza sistematica siano gli strumenti più efficaci per proteggere la sicurezza nazionale e perseguire reati gravi. Tuttavia, non si può non chiedersi se, nella sua veste di Giudice - garante dello Stato di diritto – il Consiglio di Stato possa adottare posizioni capaci di prestarsi a interpretazioni anche diverse, le cui conseguenze comportano la possibilità di comprimere oltre misura le libertà.

In Europa, il principio in ragione del quale la protezione dei diritti fondamentali non può venir meno nemmeno per garantire la massima efficacia alle attività investigative di contrasto alla criminalità va di certo ricondotto a quello dello Stato di diritto^[80]. Che si condivida o meno l'uno e l'altro, resta il fatto che l'attitudine di un Paese a essere uno «Stato di diritto» si misura sul rispetto di questi imperativi, con una conseguenza. Far prevalere la logica contraria – come rischia di fare il Consiglio di Stato, magari anche non volendo – significa potenzialmente esporre di fatto la quasi totalità della popolazione a tecniche di sorveglianza pure in casi che nulla hanno a che vedere con la lotta al terrorismo o la tutela dell'ordine pubblico. Ancora una volta, però, c'è ben più di questo nella pronuncia in commento.

9. Il principio di proporzionalità, da imperativo sovranazionale a norma interna

Il diritto sovranazionale sulla protezione dei dati personali è ancorato al principio di proporzionalità. Stabilisce infatti la CDGUE che ogni deroga alla segretezza dei dati debba essere «rigorosamente proporzionale rispetto allo scopo perseguito» e trovare applicazione nei soli «limiti di quanto strettamente necessario»^[81].

Nella sentenza dell'aprile 2021, anche il Consiglio di Stato fa riferimento al principio, ma solo dopo aver menzionato una fonte di diritto interno. Due i passaggi significativi in questa luce: il primo, relativo alle affermazioni del Consiglio sull'obbligo di conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP; il secondo, inerente le osservazioni svolte dal Giudice amministrativo in merito alla specifica tecnica di conservazione dei dati indispensabili per riuscire a perseguire reati^[82]. Pare necessario chiarire questa differenza di prospettive.

Per la CDGUE, in ragione del principio di proporzionalità, soltanto la lotta a gravi forme di criminalità e la salvaguardia della sicurezza nazionale possono giustificare ingerenze nella sfera dei diritti fondamentali^[83]. Questo approccio è però difficile da tradurre nell'ordinamento francese, il cui diritto penale non conosce – testualmente - la fattispecie della c.d. «criminalità grave»; di conseguenza, anche quando il Consiglio di Stato (nell'affrontare la questione della conservazione degli indirizzi IP e quella specifica della conservazione dei dati di connessione) fa riferimento al principio di proporzionalità, può farlo

esclusivamente nei limiti di quanto consentito dal Codice di procedura penale vigente (in particolare, dall'art. III, sesto capoverso, preliminare al cod. pen.^[84]).

Vero è che, a ben vedere, la norma penale interna non riguarda le misure in discorso (qualificate però dallo stesso Consiglio di Stato come rilevanti nei casi in discussione^[85]); la stessa norma penale, inoltre, non pare essere stata ideata per disciplinare la conservazione indiscriminata dei dati, ma altre, specifiche fattispecie – ad esempio quelle inerenti le modalità di esercizio della libertà di associazione. Quindi, se da un lato è chiara la *ratio* del Codice penale – in quanto ancorata alle garanzie del diritto alla difesa nel processo penale -, dall'altro non è meno evidente l'intenzione del Consiglio di Stato, che vuole individuare proprio in alcune norme penali la base giuridica che permette ai pubblici poteri di avere accesso ai dati connessione, e che ne giustificherebbe di conseguenza la conservazione in tutte le circostanze immaginabili.

Nella sentenza della CDGUE, fra l'altro, il principio di proporzionalità si applica anche quando le tecniche di sorveglianza vengono utilizzate in concreto da soggetti diversi dalla Pubblica Amministrazione - Giudici o Autorità amministrative indipendenti che siano^[86]. Non che questa stessa valutazione sia assente nel ragionamento del Consiglio di Stato; il Giudice amministrativo, però, la fa discendere da una previsione di diritto interno (ossia l'art. L. 801-1 CSI, in ragione del quale la violazione del rispetto del diritto alla vita privata originata dall'uso di tecniche di raccolta dei dati a fini investigativi deve essere proporzionale ai motivi in ragione dei quali è sorta^[87]). Nell'ottica del Giudice interno, dunque, è l'art. L. 801-1 CSI che, per impedire che i pubblici poteri agiscano al di fuori di ogni limitazione e non si sottraggano ai controlli del caso, introduce nell'ordinamento giuridico nazionale il principio sovranazionale di proporzionalità – non il diritto dell'Unione europea.

Vale la pena di formulare una ulteriore osservazione, perché non è irrilevante interrogarsi sulla differenza che intercorre fra l'interpretazione del principio di proporzionalità resa dalla CDGUE e quella data dal Consiglio di Stato. La Corte esercita il suo controllo sulle misure adottate e, così facendo, giunge a sindacarle alla luce del principio di proporzionalità; il Giudice amministrativo, al contrario, insiste sulla necessità di subordinare le misure di sorveglianza anzitutto a un controllo preventivo e vincolante della CNTR per, poi, accogliere la possibilità che il Consiglio di Stato stesso possa esprimersi una seconda volta sulla medesima

fattispecie^[88].

Certo, al di là di questo chiarimento di natura teorica, resta il fatto che, per comprendere se il «controllo preventivo» cui si riferisce il Consiglio di Stato corrisponda al «controllo effettivo» auspicato dalla CDGUE, sarà comunque indispensabile osservare le decisioni che, in futuro, verranno adottate dalla CNCTR e dal Consiglio di Stato (proprio in occasione del controllo relativo all'utilizzo concreto delle tecniche di sorveglianza^[89]).

10. Il «principio di finalità» fra Consiglio di Stato e CDGUE

La disciplina sovranazionale finora discussa poggia su un ulteriore pilastro posto a presidio della protezione dei diritti, ossia sul principio dei «limiti alle finalità» perseguite accedendo e utilizzando i dati.

Afferma infatti il Regolamento generale sulla protezione dei dati che quelli a «carattere personale devono essere raccolti per perseguire finalità determinate, esplicite e legittime, e non possono essere oggetto di un trattamento contrario alle medesime finalità»^[90]. In relazione al caso di specie, ciò significa che l'accesso a dati di questa natura è possibile soltanto se esso risponde all'interesse generale che giustifica, fra l'altro, la conservazione dei dati stessi^[91].

Il Consiglio di Stato pare allontanarsi da questo approccio quando sostiene, in modo del tutto pragmatico, che, per riuscire a condurre le indagini indispensabili per contrastare la minaccia terroristica, l'accesso ai dati conservati deve essere reso possibile anche oltre il lasso di tempo massimo previsto per legge^[92]. Così ragionando, il Giudice amministrativo non dimentica comunque di chiarire che il primo Ministro non può rifiutarsi di non dare più applicazione a quelle misure che consentono invece di conservare i dati a prescindere dalle finalità connesse alla salvaguardia della sicurezza nazionale. In altri termini, il Giudice amministrativo sembra ricordare al Governo che il diritto UE va rispettato. C'è però di più, perché, forse, è possibile suggerire anche una seconda e diversa lettura della questione appena ricostruita.

Per il Consiglio, il Governo non ha bisogno di dare applicazione alle norme interne non conformi alla Direttiva «*e-privacy*» perché le autorità penali, proprio in ragione di esigenze di valore costituzionale – ossia, nel caso di specie, la

garanzia della sicurezza - possono accedere in modo del tutto legittimo ai dati raccolti. Certo, così argomentando il Consiglio evita di soffermarsi su un profilo che, a parere di chi scrive, è determinante: il diritto dell'Unione non esige semplicemente che il principio di finalità venga recepito nella disciplina nazionale sulla raccolta, l'accesso e la conservazione dei dati, ma chiede che l'accesso sia possibile soltanto nel rispetto del principio stesso inteso come strumento posto a presidio dei dati.

Il Consiglio di Stato sembra adottare lo stesso atteggiamento anche quando si confronta con la disciplina nazionale in tema di raccolta in tempo reale dei dati connessione. Esso pare infatti ritenere che, sulla base dell'interpretazione resa nella pronuncia pregiudiziale, la Direttiva 2002/58 non vieti il ricorso a questo metodo di raccolta dei dati proprio quando si debbano proteggere, nel loro complesso, i diritti fondamentali^[93]. Tuttavia, il Giudice amministrativo formula in modo particolarmente ampio la nozione di «fondamentali interessi nazionali»^[94] alla quale riconduce poi quella del contrasto alla criminalità organizzata e della prevenzione delle attività connesse. Così facendo, esso dilata infatti i contorni della fattispecie della lotta al terrorismo, senza tenere conto del fatto che, secondo la CDGUE, la raccolta in tempo reale dei dati connessione, «dato il suo carattere fortemente invasivo, può essere adottata soltanto nei confronti di soggetti rispetto ai quali ci sia il fondato sospetto che siano implicati in attività terroristiche»^[95].

11. La sicurezza nella sua dimensione giuridica e sociale

Il timore che la sentenza dell'aprile 2021 possa interrompere il dialogo fra le due Corti è fondato non solo sulle suggestioni finora prospettate, ma su altre ancora. Al contrario di quanto fanno la Corte EDU^[96] e, in qualche misura, anche la Corte di Cassazione francese^[97], il Consiglio non considera, ad esempio, il più profondo impatto che le tecniche di sorveglianza o le indagini penali possono avere sui diritti fondamentali. In questo, non pare peraltro irrilevante ricordare come altre giurisdizioni abbiano scelto un approccio simile a quello della CDGUE – basti pensare alla sentenza del 22 aprile 2021 della Corte costituzionale del Belgio^[98]. C'è dunque da chiedersi se il Consiglio di Stato rifiuti questa logica perché non condivide il punto di partenza del ragionamento della

CDGUE - a motivo del quale già la sola conservazione a fini di sicurezza dei dati di traffico e localizzazione può violare il diritto di cui all'art. 7 della Carta (ossia il rispetto della vita privata e della vita familiare), e, di conseguenza, indurre chi utilizza le comunicazioni elettroniche a rinunciare all'esercizio della libertà di informazione ed espressione garantita dall'art. 11 della stessa Carta^[99].

La differenza fra la posizione della CDGUE e del Consiglio non è dunque di poco conto, perché riguarda il modo stesso di concepire la sicurezza nella sua dimensione giuridica e sociale.

12. Il «diritto alla sicurezza» alla luce della giurisprudenza della CDGUE e della Corte EDU

Nella sostanza, il Consiglio pare concentrarsi soltanto sulla responsabilità che incombe sullo Stato in materia di sicurezza, e sull'esigenza di garantire che, nello stesso ambito, l'azione pubblica possa svolgersi con la necessaria efficacia. Una tale impressione sorge anche perché il Giudice amministrativo, nel rinvio pregiudiziale, tratta della questione pure alla luce dell'art. 6 della Carta dei Diritti, dedicato per l'appunto al diritto alla libertà e alla sicurezza.

Nell'ottica adottata dal Consiglio di Stato, il riferimento a quella disposizione nulla ha a che vedere con la protezione garantita a livello sovranazionale del diritto alla sicurezza: tutto al contrario, il diritto di cui all'art. 6 della Carta viene interpretato invece proprio per riuscire a individuare un diverso fondamento dell'obbligo (nazionale) di conservazione generale e indifferenziata dei dati connessione. In questa luce, pare quasi che la disposizione venga utilizzata dal Consiglio di Stato per convincere la CDDGUE della correttezza della sua argomentazione – dato che la Corte, come noto, ricorre sempre al bilanciamento fra diritti per risolvere eventuali contrasti fra libertà.

La stessa scelta si spiega, poi, pure in ragione di una seconda considerazione; per il Giudice francese, il diritto alla sicurezza non può essere scisso dall'obbligo di protezione che lo Stato ha nei confronti dei cittadini. Una simile concezione non è nuova; come già ricordato, essa nasce nella Germania degli anni Ottanta dello scorso secolo e, dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, viene accolta dalle legislazioni in materia di lotta al terrorismo adottate da numerosi paesi occidentali^[100]. Proprio questo approccio conferisce alla salvaguardia statale della

sicurezza una ampiezza tale da giustificare intense attività di sorveglianza da parte dei servizi di *intelligence*, e, in casi più che estremi, addirittura l'adozione dello stato di eccezione.

Non sembra però che questa concezione corrisponda, fra l'altro, al diritto alla sicurezza così come previsto dall'art. 5 della Convenzione europea del 1950. Secondo la Corte EDU, infatti, questo diritto non può spingersi al punto di comprimere in modo drastico le altre libertà: esso è strumento per proteggere gli individui dall'arbitrio del pubblico potere^[101]. Ed è per questa ragione che, proprio con la sentenza del 6 ottobre 2020, la CDGUE ha voluto chiarire come dall'art. 6 della Carta dei Diritti – che, per l'appunto, in sostanza corrisponde all'art. 5 della Convenzione – non discenda un obbligo statale mirato a consentire l'adozione di misure di repressione di specifici reati^[102]. Se anche non si può negare che la Corte, sul punto, non si sia sempre espressa in modo chiaro, è di certo vero che essa, con la sua giurisprudenza precedente, non pare comunque aver mai voluto giustificare intense forme di ingerenza nella sfera dei diritti. In questa luce sembra necessario richiamare, ad esempio, la logica posta a fondamento della sentenza «Digital Rights Ireland», con la quale la Corte interpretava l'art. 6 della Carta alla luce delle libertà garantite dagli artt. 7 e 8 della stessa fonte^[103]. Anche questa interpretazione, alla luce di quanto sinora suggerito, sembra andare nella direzione per la quale il contrasto alla criminalità e al terrorismo non può di per sé giustificare misure indiscriminate di conservazione dei dati^[104].

Il Consiglio di Stato, invece, pare sposare la posizione opposta^[105], tanto è animato dalla (giusta) preoccupazione di proteggere la popolazione da minacce esterne e interne, da chiunque originate. Ovvio che in quest'ottica non pare azzardato che il Giudice francese provi a ricondurre alla Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino (più specificamente, all'art. 12 di quest'ultima) la necessità che lo Stato si doti di una forza pubblica capace di contrastare le minacce ricordate^[106]. Tuttavia, resta il dubbio che il Consiglio voglia adottare una concezione per così dire «hobbesiana» del diritto alla sicurezza, dove il primo si inchina dinanzi alla seconda^[107].

In ogni caso, chiaro che una simile visione del fenomeno discusso strida con la necessità di bilanciare le esigenze di garanzia della sicurezza con la protezione dei diritti, e, soprattutto, la legittima aspirazione di ciascuno a non essere oggetto di

forme penetranti di sorveglianza costante^[108]. Fra l'altro, proprio l'equilibrio fra opposte necessità potrebbe discendere da una interpretazione attualizzante dell'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, che configuri la forza pubblica come mezzo posto a protezione dei singoli e della società nel suo insieme^[109] – così come, peraltro, sembra proprio fare la CDGUE^[110] quando prova a tradurre nel diritto dell'Unione il modello di «società democratica e pluralista» sviluppato dalla giurisprudenza della Corte EDU^[111]. Di stretta conseguenza, per la CDGUE gli Stati membri potranno limitare le libertà esclusivamente nel rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione (fra i quali figura, ad esempio, il principio di proporzionalità) e delle garanzie dei diritti fondamentali previste dalla Carta^[112].

13. Il «diritto alla vita privata» fra sfera individuale e dimensione sociale della sicurezza

Come ovvio, quanto finora affermato non intende negare che garantire la sicurezza sia cosa decisiva: evidenti sono, al momento, le tante e diverse minacce che toccano gli individui e le società nel loro complesso. In nome della sua protezione, però, non si può arrivare a creare un ordinamento giuridico dove la sicurezza possa prevalere sui diritti, e farlo soprattutto per garantire l'efficace esercizio delle attività del pubblico potere nello stesso ambito. Quel che, difatti, sembra premere alla CDGUE, è proprio che il confronto fra diritti e sicurezza non possa risolversi a danno dei primi. In questa luce, la Corte ammette che una misura - in linea di principio inaccettabile (come, appunto, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati di connessione) perché rappresenta una forma di ingerenza «particolarmente grave» nella sfera dei diritti fondamentali della «quasi totalità della popolazione» - possa essere tollerata quando la sicurezza nazionale sia in grave pericolo^[113]. In questa prospettiva la CDGUE accetta, addirittura, che la conservazione preventiva degli indirizzi IP possa essere adottata anche se colpisce categorie di soggetti vulnerabili (come, ad esempio, i bambini) e, più in generale, per contrastare gravi forme di criminalità o prevenire serie minacce alla pubblica sicurezza^[114]. In sintesi, la Corte non nega che, nel più ampio quadro della conservazione mirata o di breve durata dei dati di connessione, pure individui sui quali non pesa alcun sospetto possano venire

sorvegliati in modo da proteggere la restante parte della popolazione dalle azioni di individui potenzialmente pericolosi^[115]. Inoltre, la CDGUE aggiunge che, proprio in ragione di una minaccia grave per la sicurezza nazionale, il monitoraggio e l'analisi dei dati di connessione di tutti, indistintamente, coloro i quali utilizzano mezzi di comunicazione elettronica, possano essere giustificati^[116]. In entrambe le ipotesi, però, la Corte non dimentica di sottolineare come non sia comunque mai possibile spingersi al di sotto di un determinato livello di garanzia dei diritti fondamentali.

In questa particolare cornice, la posizione della CDGUE ricorda quella tedesca: è stato il Tribunale costituzionale federale che, con la sentenza del 15 dicembre 1983 sulla legge sul censimento della popolazione, ha formulato il c.d. «diritto all'autodeterminazione informativa»^[117]. Per il Giudice costituzionale tedesco, un tale diritto discende dagli artt. 1 (relativo al rispetto della dignità umana) e 2, comma 1° della Legge Fondamentale (inerente il diritto a esprimere liberamente la propria personalità). Il Giudice costituzionale riconosce a ciascun individuo il diritto di gestire in modo libero tanto le sue comunicazioni quanto le tracce lasciate sotto forma di dati, ponendo tuttavia l'accento non solo sulla protezione del diritto individuale, ma, anche, sulla interdipendenza fra il soggetto i cui dati vengono raccolti, gli altri cittadini e la società. Proteggere la vita privata non può andare a detrimento degli altrui diritti e dell'integrità dell'ordine sociale.

Una simile concezione del diritto alla autodeterminazione pare caratterizzare non solo la posizione della Corte, ma la stessa disciplina sovranazionale sui dati^[118], con una particolarità da non trascurare: in relazione al tema qui discusso, la questione acquista un profilo più deciso e inquietante, perché proprio i dati consentono di ricostruire i tanti e diversi tratti della vita privata di un individuo^[119]. La Corte ne è consapevole, ed è per questo che desidera proteggere il diritto alla vita privata in tutte le sue declinazioni –includendovi di conseguenza pure le attività realizzate in Rete da ciascun individuo. È in questa luce che il diritto alla vita privata acquista una dimensione «sociale»^[120]; ed è sempre per questa ragione che la Corte desidera difendere tanto la società quanto gli individui dai rischi di forme di sorveglianza (realizzata da poteri pubblici o attori privati) che profilino i singoli^[121], perché il rischio reale originato dagli strumenti richiamati sta proprio nel fatto che questi ultimi incidono addirittura sulla dimensione sociale nella quale si esprime la libertà dell'individuo^[122].

14. Osservazioni conclusive: dalla «clausola Arcelor» al «caso Pegasus», fra negazione dei diritti e speranze per il futuro

È importante ribadire che il Consiglio di Stato non ha seguito il suggerimento con il quale il Governo francese chiedeva di adottare, rispetto al caso di specie, la dottrina sugli atti *ultra vires* del Giudice costituzionale tedesco^[123]. A parere di chi scrive, la scelta del Giudice amministrativo va apprezzata: il sindacato su quegli atti, infatti, può solo produrre conseguenze negative sul dialogo fra le Corti in Europa. Non è difficile immaginare cosa potrebbe accadere se, in futuro, tante, fra le Corti costituzionali degli Stati membri, si arrogassero il diritto di pronunciare «l'ultima parola» rispetto a questioni di rilievo sovranazionale: il Giudice costituzionale tedesco in materia economica e monetaria, quello francese in tema di sicurezza, quelli polacchi o ungheresi in relazione alle riforme della giustizia, e via dicendo. Uno scenario simile sarebbe destinato soltanto a erodere in modo lento, ma inesorabile, il processo di integrazione.

In questa luce – e nonostante i tanti dubbi espressi nel corso di questo scritto – non pare azzardato rintracciare, nella sentenza dell'aprile 2021 del Consiglio di Stato, un atteggiamento attento a non incorrere in un rischio simile. Questa cautela esprime la concezione che il Giudice amministrativo ha del proprio ruolo, incentrato sulla protezione dello Stato – o, per meglio dire, dello *Stato francese*.

Tuttavia, se, da un lato, il difficile compito che il Consiglio di Stato si è assunto gli fa onore, dall'altro non cancella una paura. In questa luce, proprio mentre si scrive suscita attenzione e profonda inquietudine il c.d. «caso *Pegasus*»: una indagine giornalistica svolta da ben sedici testate internazionali^[124] ha difatti svelato come politici e avvocati, giornalisti e attivisti per i diritti umani siano stati oggetto di sorveglianza costante grazie all'utilizzo, da parte di attività di *intelligence* di diversi paesi, di un *malware* (da cui il caso prende il nome) che permette non solo di accedere a foto, messaggi, *e-mails* e dati contenuti negli *smartphones*, ma, addirittura, di registrare chiamate e azionare il microfono dei *devices* senza che il legittimo proprietario ne sia a conoscenza. Ad oggi si ritiene che circa cinquantamila numeri di cellulare siano stati posti sotto controllo per ragioni – come afferma la società *NSO Group* che ha creato il *malware* –

connesse alla sola lotta al terrorismo e alla criminalità: fra i numeri sorvegliati, però, spiccano quelli dei soggetti appena ricordati^[125] e, sebbene la questione attuale non interessi i dati di connessione, i rischi che essa comporta non paiono meno preoccupanti.

Ora, se questa è la realtà che scandisce i nostri giorni, nel nome di quale Stato vuole esprimersi il Giudice francese?

Se, all'orizzonte, si profilasse anche solo il rischio di voler dare voce a uno Stato fondato sul sospetto, dove la vita di ogni cittadino può diventare l'oggetto di uno scrutinio costante in grado di penetrarne la sfera più intima, e la salvaguardia della sicurezza può prevaricare sulla protezione dei diritti, allora al Consiglio di Stato spetterebbe un ulteriore compito, decisivo: esercitare - in una società democratica e pluralista - il ruolo di custode dei diritti nel più profondo rispetto della garanzia assoluta delle libertà fondamentali.

1. In merito a questi profili v. le «Conclusioni» di A. Lallet, *rapporteur public*, spec. p. 78 et p. 43, per le quali <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb> (n.d.t.: introdotta in Francia nei primi decenni del XIX° secolo, la figura del *rapporteur public* - noto durante la Seconda Repubblica come «*commissaire du gouvernement*» - caratterizza a tutt'oggi il contenzioso amministrativo francese. Il *rapporteur* interviene durante la pubblica udienza - nel caso di specie, del Consiglio di Stato - proponendo la soluzione giuridica della questione trattata dinanzi al Giudice amministrativo. Nel corso del testo, data la difficoltà a individuare una figura identica nell'ordinamento giuridico italiano, si farà riferimento a quella francese utilizzando l'espressione in lingua originale).
2. In relazione al caso tedesco v. R.A. Miller, *Balancing Security and Liberty in Germany*, in *Journal of National Security Law & Policy*, 2010, p. 369 ss.; O. Lepsius, *Liberty, Security, and Terrorism: The Legal Position in Germany*, in *German Law Journal*, 2004, p. 435 ss. Per la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (in breve Corte EDU) v. invece Corte EDU, sent. 6 settembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, ric. n. 5029/71 e, più in generale, R. Angrisani, *Données personnelles et surveillance massive: quelle protection face aux ingérences des autorités publiques ?*, in *Revue québécoise de droit internationale*, numero monografico dedicato a *La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans*, dicembre 2020, p. 107 ss.
3. Questa giurisprudenza sembra però il frutto della volontà delle istituzioni europee di estendere il progetto di integrazione economica anche alla protezione dei diritti fondamentali. Le sentenze relative sono basate sull'interpretazione della Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera

CERIDAP

- circolazione di tali dati. L'evoluzione giurisprudenziale in discorso è stata caratterizzata dall'adozione di alcune decisioni di particolare significato, fra le quali si possono ricordare: CDGUE, sent. 6 novembre 2003, *Lindqvist*, in C-101/01, EU:C:2003:596; CDGUE, sent. 13 maggio 2014, *Google Spain et Google*, in C-131/12, EU:C:2014:317; CDGUE, Grande Sezione, sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, in C-293 et 594/12, EU:C:2014:238; CDGUE, Grande Sezione, sent. 6 ottobre 2015, *Schrems*, in C-362/14, EU:C:2015:650. Sulla più ampia tematica che funge da sfondo alle decisioni ricordate v. O. Linskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, 2015.
4. Per ogni più utile approfondimento sul ruolo dei diritti nell'ordinamento giuridico sovranazionale K. Lenaerts, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, in *German Law Journal*, 2019, pp. 779-793; sul più specifico tema qui trattato v. gli *Editorial Comments in Europe is Trembling. Looking for a Safe Place in EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1675-1688.
 5. CDGUE, sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland e a.*, in C-293 et 594/12, EU:C:2014:238; CDGUE, sent. 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige e Watson e a.*, in C-203 et 698/15, EU:C:2016:970, spec. pgff. 117 et 118; v. poi anche CDGUE, parere n. 1/15 (Accordo PNR UE-Canada), 16 luglio 2017, EU:C:2017:592, pgf. 192. Sulle condizioni preliminari e di procedura da osservare quando si adottano misure di sorveglianza e controllo v. invece Consiglio di Stato, sent. 21 ottobre 2016 QPC, n. 2016-590, spec. cons. 8 e, più di recente, Consiglio di Stato, sent. 20 maggio 2021 DC, n. 2021-817 con la quale il Giudice amministrativo si esprime sulla «*loi pour une sécurité globale préservant les libertés*», esigendo – spec. pgf. 135 - delle «*garanties particulières*» per porre in essere sistemi di sorveglianza.
 6. V. di nuovo le «Conclusioni» di A. Lallet, *rapporteur public*, cit., p. 22.
 7. *Ibidem*.
 8. Questo principio trae origine dalla Direttiva 97/66 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, abrogata dalla Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (o Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).
 9. V. la nota precedente.
 10. Sul punto v. le osservazioni di A. Bouveresse, in *RTDE*, 2019, p. 541 sulle questioni trattate nei rinvii pregiudiziali francese e belga all'origine della sentenza CDGUE sent. 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a. c. Premier Ministre e a.*, in C-511/18, 512/18 e 520/18, EU:C:2020:791.
 11. V. la nota precedente.
 12. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit.
 13. Consiglio di Stato, sent. 8 febbraio 2007, *Arcelor*, n. 287110, rispettivamente in *RTDE* 2007, p. 378 ss., con le «Conclusioni» di M. Guyomar annotate da P. Cassia; in *RFDA*, 2007, p. 384, con le stesse «Conclusioni» commentate da F. Lenica e J. Boucher; in *AJDA*,

- 2007, p. 577; in *RFDA*, 2007, come discussa da X. Magnon, p. 578; in *RFDA*, 2007, come analizzata da A. Levade, p. 564; in *RDP*, 2007, come trattata da J. Roux, p. 1031; in *Dr. Adm.*, 2007, come ricostruita da M. Gautier e F. Melleray nello *Etude n° 7*; ci si permette infine di rinviare alle osservazioni formulate da chi scrive in *Chronologie de jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire*, in *RTDE*, 2008, p. 835, spec. pp. 837-842. Pare interessante evidenziare fin da subito che la pronuncia *Arcelor* evoca in qualche misura la giurisprudenza costituzionale italiana in tema di controlimiti: come noto, in relazione a quest'ultima, la letteratura è ricca al punto da non poter essere qui ricostruita; v. dunque, *ex multis*, A. Lo Calzo, *Dagli approdi della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle tendenze nel dialogo fra le Corti*, in *Federalismi.it*, 13 gennaio 2021, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44744>, e R. Calvano, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti 2.0"*, in *Federalismi.it*, 29 febbraio 2016, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=31459>.
14. L'espressione (in lingua originale «*rugueux*», lett. «ruvido», «scabro» o «scheggioso») è del Vicepresidente del Consiglio di Stato, Bruno Lasserre (per questa v. *Le Conseil d'État autorise la conservation des données de connexion*, in *Le Monde*, edizione del 23 aprile 2021).
 15. V. la nota precedente.
 16. Diversi i casi inerenti il controllo da parte di Giudici costituzionali degli Stati membri su (presunti) atti sovranazionali *ultra vires*: v. Corte costituzionale ceca, sent. 31 gennaio 2012, *Landtová*, Pl. ÚS (adottata dopo la sentenza pregiudiziale CDGUE, sent. 22 giugno 2011, *Landtová*, in C-399/09, EU:C:2011:415); Tribunale costituzionale federale tedesco, sent. 5 maggio 2020, *Weiss*, 2 BvR 859/15 (pronunciata dopo il rinvio pregiudiziale all'origine de CDGUE, sent. 11 dicembre 2018, *Weiss*, in C-493/17, EU:C:2018:1000); su quest'ultima, *ex multis*, i contributi raccolti nel numero monografico della Rivista *RTDE: La BCE, entre Union de droit et démocratie*, in *RTDE*, 2020, p. 785 ss., e quelli ulteriori pubblicati nel numero speciale della Rivista *German Law Journal*, Vol. 21, fascicolo 5, 2020. Va pure ricordata, anche se in parte differente dalle decisioni appena richiamate, la pronuncia della Corte Suprema danese, sent. 6 dicembre 2016, *Ajos* (n. 15/2014) (adottata dopo la decisione della CDGUE, sent. 19 aprile 2016, *Dansk Industri*, in C-441/14, EU:C:2016:278). Infine interessanti le osservazioni di H. Elkan, K. Schaldemose, *From Cooperation to Collision: The ECJ's Ajos Ruling and the Danish Supreme Court's Refusal to Comply*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 17 ss.. Di nuovo le «Conclusioni» del *rapporteur public* A. Lallet, p. 22-23.
 17. *Ibidem*.
 18. Secondo questa disposizione «*l'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé*».
 19. J. Baquero Cruz, *Malaise in Karlsruhe*, in corso di pubblicazione in *European Law Journal*, 2021, e già pubblicato in *Eastern European States sense Opportunity in German Court Ruling*, in *Financial Times*, edizione del 10 maggio 2020. Per la recentissima giurisprudenza dello stesso Giudice costituzionale in materia di ratifica della «Decisione sulle Risorse proprie» dell'Unione e in tema di *Public Sector Purchase Programme* (o

CERIDAP

- PSPP) v. anche Tribunale costituzionale federale tedesco, sentt. 15 aprile (2 BvR 547/21, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210326_2bvr054721.html)
- 29 aprile 2021 (2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/04/rs20210429_2bvr165115en.html).
20. V. già Consiglio di Stato, sent. 30 ottobre 1998, *Sarran*, Leb. 368; Consiglio di Stato, sent. 3 dicembre 2001, *SNIP*, Leb. 624.
21. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgff. 3-4.
22. In questo senso L. Azoulai, E. Dubout, *Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire*, in B. Bonnet (a cura di), *Les rapports entre ordres juridiques. Bilan, enjeux, perspectives*, in *LGDJ*, 2016, p. 567 ss.
23. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgf. 5: la formulazione richiama la decisione del Consiglio costituzionale, sent. 9 agosto 2012 DC, *TSCG*, n. 2012-653, cons. 8-9. Per una enunciazione in parte differente, v. anche Consiglio costituzionale, sent. 19 novembre 2004 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, n. 2004-505, cons. 10-11.
24. V. Constantinesco, *Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel*, in *Mél. L. Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 309 ss.
25. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgf. 4.
26. V. Consiglio di Stato, sent. 8 luglio 2020, *Assoc. De défense des ressources marines*, n. 428271, e anche Consiglio di Stato, sent. 30 gennaio 2017, *La Cimade*, n. 394486, in *AJDA* 2017, p. 821 ss. (con le «Conclusioni» di X. Domingo), ma anche in *RTDE* 2017, come annotata da D. Ritleng, p. 799 ss. Sull'art. 88-1 della Costituzione necessario pure Consiglio di Stato, sent. 12 giugno 2018 DC-765, cons. 2.
27. Cfr. le «Conclusioni» di A. Lallet, cit., p. 24.
28. Cfr. le «Conclusioni» di A. Lallet, cit., p. 24.
29. Consiglio di Stato francese, sent. *Arcelor*, cit.; Consiglio di Stato francese, sent. 10 maggio 2017, *Société Coprova*, n. 401536; Consiglio di Stato f, sent. 26 luglio 2018, *Fédération de fabricants de cigares*, n. 411717.
30. Consiglio di Stato, sent. *Société Coprova*, cit.
31. Di nuovo Consiglio di Stato, sent. *Arcelor*, cit.; Consiglio di Stato, sent. 18 luglio 2018, *SOS Oxygène*, n. 408805.
32. Consiglio di Stato, sent. CE, 3 octobre 2016, *Confédération paysanne*, n. 388649.
33. Di nuovo Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, pgf. 9.
34. V. Consiglio di Stato, sentt. 10 novembre 2011 QPC, n. 2011-192, cons. 20 e 22; 23 luglio 2015 DC, n. 2015-713, cons. 3, 82 e 86; 21 ottobre 2016 QPC, n. 2016-590, cons. 7.
35. Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2004 DC, n. 2004-492, cons. 4; 18 settembre 1986 DC, n. 86-217, cons. 8; 10 novembre 2016 DC, n. 2016-738, cons. 23; 7 agosto 2020 DC, n. 2020-805, cons. 11; 20 maggio 2021 DC, n. 2021-817, cons. 21.
36. Di nuovo Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, pgf. 9, e la formulazione della

prima questione pregiudiziale. Per la natura problematica di questo approccio *infra* nel testo.

37. Consiglio di Stato francese, sent. *French Data Network*, cit., pgf. 10.
38. Cfr. l'art. 19 TUE.
39. V. le «Conclusioni» di A. Lallet, *rapporteur public*, cit., p. 28.
40. *Ibidem*, p. 46.
41. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgf. 10.
42. V. le «Conclusioni» di A. Lallet, *rapporteur public*, cit., p. 45.
43. *Ibidem*, p. 46: «À cette affirmation fait écho le débat récent sur les termes «garantit» ou «préserve» à propos du projet de loi constitutionnelle n° 3787 complétant l'article 1^{er} de la Constitution et relatif à la réservation de l'environnement. Alors que son libellé énonce que la France «garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique», le Conseil d'État a, dans son avis (Avis n° 401868 du 14 janvier 2021), suggéré de substituer «préserve» à «garantit», formulation moins contraignante pour les pouvoirs publics; suggestion reprise par le Sénat en première lecture (voir Doc. Sénat n° 105 du 10 mai 2021)».
44. Questo profilo non è estraneo alla giurisprudenza precedente; la CDGUE non accetta infatti l'esistenza di una «réserve générale, inhérente au traité, excluant du champ d'application du droit communautaire toute mesure prise au titre de la sécurité publique» (CDGUE, sent. 11 gennaio 2000, *Kreil*, in C-285/98, ECLI:EU:C:2000:2, pgf. 16). In ogni caso, la Corte ammette poi che gli Stati membri dispongano di un margine di apprezzamento nell'ipotesi in cui debbano adottare misure in materia di pubblica sicurezza (CDGUE, sent. 17 ottobre 1995, *Leifer e.a.*, in C-83/94, ECLI:EU:C:1995:329, pgf. 35). Nella giurisprudenza più recente, invece, la Corte utilizza una accezione ampia della nozione di «sicurezza» (CDGUE, sent. 13 settembre 2016, *CS*, in C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674, pgf. 39), perché riconosce la natura pubblica, ossia dello «Stato», di questa peculiare esigenza. Sulla questione v., in generale, J. Snell, E. Aalto, *Security and Integration in the Context of the Internal Market*, in F. Amtenbrink et al. (eds.), *The Internal Market and the Future of European Integration. Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge University Press, 2019, p. 561 ss.; L. Azoulay, *The European Court of Justice and the Duty to Respect Sensitive National Interests*, in M. Dawson et al. (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, E. Elgar, 2013, p. 167.
45. Rivedi invece le affermazioni in CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgf. 136
46. Sul punto CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgff. 134-139.
47. In questa luce CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgff. 134-139.
48. Edouard Dubout ben riassume la questione, laddove sostiene che il Consiglio di Stato si sia trasformato nel «custode della sicurezza» (Id., *Le Conseil d'État, gardien de la sécurité*, in *Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, 2021, cron. n. 18, *on line*)
49. In generale sul più ampio tema sottostante v. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 10^{ème} éd., Montchrestien, 2002, p. 40.
50. A. Mestre, *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration*, in *LGDJ*,

- 1974.
51. V. le «Conclusioni» di A. Lallet, *rapporteur public, cit.*, p. 23.
 52. Cfr. le «Conclusioni» di M. Guyomar, relative a Consiglio di Stato francese, Sett. Sez., sent. 10 aprile 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, in *RFDA*, 2008 p. 575 ss.
 53. Per il significato e il contesto al quale ricondurre la giurisprudenza *Arcelor v. J. Teysedre*, *Le Conseil d'État, juge de droit commun du droit de l'Union européenne*, Université Toulouse Capitole, 2019.
 54. Di nuovo Consiglio di Stato, sent. *French Data Network, cit.*, pgf. 23, e le «Conclusioni» di A. Lallet, *cit.*, pp. 40-41.
 55. La Direttiva 2002/58, teoricamente, sta a fondamento di un progetto di armonizzazione utile per proteggere i diritti e le libertà fondamentali; il suo scopo consisterebbe dunque nel tutelare chi utilizza le comunicazioni elettroniche (v. il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato francese nel caso *La Quadrature du Net, cit.*, ai pgff. 91 et 106). Non va poi dimenticato che la base giuridica del «Regolamento generale sulla protezione dei dati» è data dall'art. 16 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (o TFUE), ossia una disposizione diversa da quelle dedicate al mercato unico, e adottata in relazione alla protezione dei dati a carattere personale.
 56. Di nuovo le «Conclusioni» di A. Lallet, *rapporteur public, cit.*, p. 16.
 57. *Ibidem*, p. 14.
 58. Cfr. le «Conclusioni» di A. Lallet, *rapporteur public, cit.*, pp. 27-28. Pare significativo osservare come il Giudice amministrativo non ancori il proprio ragionamento all'art. L. 811-1 CSI, che stabilisce che la «*politique public de renseignement (...) relève de la compétence exclusive de l'État*».
 59. Questa la posizione del Giudice amministrativo in diversi casi in materia di dati. Per una sintesi delle stesse questioni v. J. Teysedre, *Le droit de l'Union européenne de la protection des données dans le prétoire du Conseil d'État: quels enjeux?*, in corso di pubblicazione in *RTDE*, 2021.
 60. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network, cit.*, pgf. 5.
 61. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network, cit.*, pgf. 24; CDGUE, *La Quadrature du Net, cit.*, pgff. 91-99.
 62. Così la CDGUE, in ragione di una interpretazione restrittiva della c.d. «clausola di esclusione» di cui all'art. 1, §3, della Direttiva 2002/58 (v. anche CDGUE, sent. *Tele 2 Sverige, cit.*, pgff. 67-81).
 63. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network, cit.*, pgf. 25, e di nuovo CDGUE, sent. *La Quadrature du Net, cit.*, pgff. 101-103.
 64. In questa luce F.-X. Bréchet, *Clap de fin pour la conservation généralisée des données de connexion en Europe?*, in *Revue de l'Union européenne*, 2017, p. 178 ss.
 65. Queste attività rilevano solo ai fini del diritto interno, sotto riserva di applicazione della Direttiva 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di

- reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (e, di nuovo, CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgf. 103).
66. In questo senso I. Cameron, *Something for Everybody? Privacy International and 'La Quadrature du Net and Others'*, in corso di pubblicazione in *Common Market Law Review*, 2021.
67. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgf. 26.
68. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgf. 128.
69. Sul pericolo discusso nel testo v. B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 2004, p. 1029 ss.
70. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgff. 137-139.
71. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgff. 66 e 96.
72. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgf. 44.
73. Per il diverso approccio di nuovo CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgf. 138.
74. Sul punto G. Morgan, *The Idea of a European Superstate: Public Justification and European Integration*, Princeton University Press, 2005, pp. 101-102.
75. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgff. 146-151.
76. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgff. 51-56. A. Lallet, *rapporteur public*, nelle sue «Conclusioni» (cit., p. 61), parla anche della «*impossibilité technique*» e della «*inanité opérationnelle*».
77. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgff. 55-56.
78. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgf. 57.
79. Espresse, ad es., in Consiglio di Stato, *Les Rapports du Conseil d'État. Le numérique et les droits fondamentaux*, in *La documentation Française*, 2014, p. 209.
80. CDGUE, sent. 21 settembre 1989, *Hoechst/Commission*, in C-46/87 et 227/88, EU:C:1989:337, pgf. 41 (in relazione all'obbligo di motivazione delle decisioni amministrative adottate nell'esercizio dei poteri di inchiesta esercitati in materia di diritto della concorrenza): questa concezione si ritrova, in qualche misura, pure in Consiglio di Stato, sent. 20 maggio 2021 DC, n. 2021-817, a proposito della «*loi pour une sécurité globale préservant les libertés*» - v. il pgf. 135 – dove il Giudice amministrativo richiede delle «*garanties particulières*» per adottare sistemi di sorveglianza degli individui.
81. CDGUE, *La Quadrature du Net*, cit., pgff. 129, 139, 210.
82. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgff. 39 e 57.
83. CDGUE, *La Quadrature du Net*, cit., pgff. 156, 164.
84. Adottato nel 2018, questo capoverso, come ricorda il *rapporteur public* (cfr. le «Conclusioni» di A. Lallet, cit., p. 49), codifica la giurisprudenza della Sezione penale della Corte di cassazione francese. In proposito C. Lazerges, *Les 20 ans de la loi du 15 juin 2020: la genèse de l'article préliminaire du Code de procédure pénale*, in *La lettre juridique*, 18 giugno 2020, n. 828.
85. La distinzione fra le attività di *intelligence* spettanti il corpo di pubblica sicurezza, e il soggetto chiamato a stabilire se sia stata violata la legge penale, è stata chiaramente tracciata

CERIDAP

- dal Consiglio costituzionale: in questo senso Consiglio costituzionale, sent. 23 luglio 2015 DC, n. 2015-713, spec. il cons. 9.
86. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net, cit.*, pgff. 139, 179, 189. In merito alla garanzia che il controllo in questione sia esercitato da una autorità terza già CDGUE, sent. 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, in C-746/18, EU:C:2021:152, pgf. 54. V. anche Commissione di Venezia, *Report on the Democratic Oversight of the Security Services*, CDL-AD (2015)010, pgf. 59, laddove esalta proprio l'importanza della esternalizzazione dei controlli.
87. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network, cit.*, pgff. 70, 72, 82, 88.
88. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network, cit.*, pgff. 74, 76-77. Il Giudice amministrativo si rifa a quanto affermato nella pronuncia Consiglio costituzionale, sent. 23 luglio 2015 DC, cons. 11.
89. In tema già L. Chataigner, A. Geraud, T. Gauthier, *L'État de droit à l'épreuve du renseignement: Bilan du premier rapport d'activité de la CNCTR*, in *Revue des Droits de l'homme*, febbraio 2017, <https://journals.openedition.org/revdh/3010>. Il quinto *Rapport d'activité de la CNCTR pour l'année 2020* è stato pubblicato alla fine dell'aprile 2021. Art. 5, pgf. 1, lett. b) del Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati. Testo rilevante ai fini del SEE).
90. V. la nota precedente.
91. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net, cit.*, pgf. 166
92. B. Bertrand, *Le dialogue des juges en trompe-l'œil*, in *Club des juristes*, 7 mai 2021 (*on line*). L'A. ricorda che la situazione potrebbe evolvere, a livello europeo, in una direzione forse più simile a quella suggerita dal Consiglio di Stato, in ragione della adozione, prossima, di un nuovo regolamento in materia di «*e-privacy*» (che dovrebbe sostituire la Direttiva 2002/58: la posizione del Consiglio di Stato sembrerebbe quindi essere stata recepita nella proposta della Commissione che, ora, attende di essere esaminata da parte del Parlamento europeo.
93. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network, cit.*, pgf. 82.
94. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network, cit.*, pgff 19 et 69.
95. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network, cit.*, pgf. 188.
96. Per queste posizioni v. Corte EDU, sent. 4 dicembre 2008, *S. et Marper c Royaume-Uni*, ricc. nn. 30562/04 e 30566/04.
97. Corte di Cassazione, Sezione penale, sent. 18 giugno 2019, n. 18-86.421.
98. Corte costituzionale belga, sent. 22 aprile 2021, n. 57/. La Corte annulla la legge in materia raccolta e conservazione dei dati nel settore delle comunicazioni elettroniche esprimendosi in modo netto: «*Il appartient au législateur d'élaborer une réglementation qui respecte les principes applicables en matière de protection des données à caractère personnel, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, et de tenir compte, le cas échéant, des précisions apportées par celle-ci en ce qui concerne les différents types de mesures législatives jugées compatibles avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE, lu à la lumière des*

- articles 7, 8, 11 et 52, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, il appartient également au législateur, dans ce contexte, d'opérer les distinctions qui s'imposent entre les différents types de données soumises à conservation, de manière à garantir que, pour chaque type de donnée, l'ingérence soit limitée au strict nécessaire» (v. il pgf. B.19 della sentenza qui richiamata).
99. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgf. 118. In questo senso v. anche le pronunce dello stesso Giudice *Digital Rights*, cit., pgf. 28, e *Tele2*, cit., pgf. 101.
100. J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, De Gruyter, 1983; R. Pitschas, R. Scholz, *Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung*, Duncker & Humblot, 1984.
101. Corte EDU, sent. 18 dicembre 1986, *Bozano/France*, ric. n. 9990/82, pgf. 54.
102. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgf. 125. V. anche le «Conclusioni» dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona nel caso in questione, in particolare laddove rigetta fermamente qualsivoglia interpretazione dell'art. 6 della Carta volta a codificare un diritto alla pubblica sicurezza (EU:C:2020:6, pgf. 95-100).
103. CDGUE, sent. *Digital Rights*, cit., pgf. 42.
104. CDGUE, sent. *Digital Rights*, cit., pgf. 51 e CDGUE, sent. *Tele2*, cit., pgf. 103. Importante anche la formulazione adottata dalla CDGUE nel parere n. 1/15, dove sostiene che lo scopo della protezione della pubblica sicurezza «constitue [...] un objectif d'intérêt général de l'Union susceptible de justifier des ingérences, même graves, dans les droits fondamentaux consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte. Au demeurant, la protection de la sécurité public contribue également à la protection des droits et des libertés d'autrui. À cet égard, l'article 6 de la Charte énonce le droit de toute personne non seulement à la liberté, mais également à la sûreté» (CDGUE, parere del 26 luglio 2017, EU:C:2017:592, pgff. 148 e 149). V. anche CDGUE, sent. 21 febbraio 2016, *N.*, in C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, pgf. 53.
105. Evidente, nelle «Conclusioni» (p. 54) del *rapporteur public* A. Lallet, la peculiare posizione della Francia e, di conseguenza, i pericoli che è chiamata a fronteggiare.
106. Consiglio di Stato, sent. *French Data Network*, cit., pgf. 9.
107. Così si esprime Jeremy Waldron, in J. Waldron, *Safety and Security*, in *Nebraska Law Review*, 2006, p. 454, spec. laddove richiama Hobbes: «*The sovereign as such provides for the citizens' safety only by means of laws, which are universal (On the Citizen, 1642)*», p. 478.
108. CDGUE, sentt. *Digital Rights*, cit. pgf. 37 e *Tele2*, cit., pgf. 100.
109. Quella del «Giano bifronte» è l'immagine che meglio descrive il monopolio della violenza fisica di cui tratta Norbert Elias nell'opera *Les Allemands. Luttés de pouvoir et développement de l'habitus aux XIXe et XXe siècle* (Seuil, 2017). In merito anche D. Linhardt, *Un monopole sous tension : les deux visages de la violence d'État*, in *Politika (on line)*.
110. Ancora CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgf. 118.
111. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net*, cit., pgf. 114. In ogni caso va riconosciuto che,

- sebbene le due giurisdizioni europee condividano la stessa analisi, la Corte EDU, in materia di conservazione generalizzata dei dati, pare più incline a accettare l'esistenza di prerogative statali: v. Corte EDU, sent. 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c Russia*, ric. n. 47143/06; Corte EDU, sent. 13 giugno 2018, *Centrum för Rättvisa c Svezia*, ric. n. 35353/0; Corte EDU, sent. 13 settembre 2018, *Big Brother Watch et autres c Royaume-Uni*, ric. n. 58170/13. E però necessario ricordare come queste due ultime decisioni siano poi state affrontate dalla Grande Camera, v. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%5D%7D>.
112. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net, cit.*, pgf. 113.
 113. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net, cit.*, pgff. 136-137. La nozione di «*ingérence particulièrement grave*» è stata utilizzata anche nella sentenza della Corte più volte evocata, ossia la *Digital Rights, cit.*, pgf. 37.
 114. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net, cit.*, pgff. 154-156.
 115. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net, cit.*, pgff. 148-150 e 165.
 116. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net, cit.*, pgf. 178. Si può notare che il disegno di legge sull'*intelligence* presentato dal Governo il 12 maggio 2021 comporta che il procedimento automatizzato di ricerca dei dati venga realizzato grazie a degli algoritmi.
 117. Tribunale costituzionale federale tedesco, sentt. 15 dicembre 1983 (1 BvR 209/83) e 23 ottobre 2006 (1 BvR 2027/02).
 118. L'idea che si possa determinare liberamente la propria sfera personale e l'ambiente che la circonda pare sottesa al riconoscimento dei numerosi diritti codificati nel «Regolamento generale sulla protezione dei dati»: il diritto di accesso, di rettifica, all'oblio, alla portabilità dei dati e quello di opporsi. Secondo Damian Chalmers, però, il diritto europeo trasforma la concezione della autodeterminazione informatica, riportandola essenzialmente alle esigenze del solo mercato interno; v. Id., *Informational Self-Determination. EU Law and Informational Capitalism, Centre for European Legal Studies Webinar*, 27 January 2021 (*on line*).
 119. CDGUE, sentt. *La Quadrature du Net, cit.*, pgf. 117, *Digital Rights, cit.*, pgf. 27, e *Tele2, cit.*, pgf. 99.
 120. In questa luce H. Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2009.
 121. CDGUE, sent. *La Quadrature du Net, cit.*, pgf. 117.
 122. Questa idea si ritrova nelle opere di Julie Cohen: fra i tanti scritti v. J.E. Cohen, *Surveillance vs. Privacy: Effects and Implications*, in D. Gray, S.E. Henderson (eds.), *Cambridge Handbook of Surveillance Law*, 2017, p. 455.
 123. Per tutti J. Ziller, *The Conseil d'État Refuses to Follow the Pied Piper of Karlsruhe*, in *Verfassungsblog*, 24 aprile 2021 (*on line*).
 124. Per l'inchiesta giornalistica v. quanto pubblicato sulla versione *on line* del *Washington Post*: <https://www.washingtonpost.com/investigations/interactive/2021/nso-spyware-pegasus->

CERIDAP

cellphones/?s=08.

125. Per una prima ricostruzione di carattere scientifico, invece, cfr. la pagina *online* dell'ISPI-Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, dedicata alla *Cybersecurity*, e, spec., l'ISPI *Daily Focus* del 19 luglio 2021: per entrambi v. <https://www.ispionline.it/it/ricerca/cybersecurity>.

La disciplina nazionale delle concessioni demaniali marittime alla luce del diritto europeo

Federico Gaffuri

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-10

L'articolo ripercorre l'evoluzione della legislazione italiana relativa alle concessioni demaniali marittime: dal regime transitorio delle proroghe ex lege delle concessioni in essere, adottato sin dagli anni '90 dal nostro legislatore, sino all'ultimo provvedimento di proroga, valevole sino al 2033, e tenendo conto anche delle prese di posizione in materia della Commissione europea. Si analizza poi la natura e le molteplici funzioni svolte delle concessioni demaniali marittime per usi turistico-ricreativi e, sulla scorta di tale indagine, si indica quali dovrebbero essere gli obiettivi ed i contenuti della emananda riforma organica del settore, finalizzata ad adeguare l'ordinamento interno alla disciplina europea della concorrenza. In particolare, si sottolinea la necessità che la predetta riforma preveda, oltre all'obbligo, per l'amministrazione pubblica, di assegnare le concessioni mediante gara, anche il diritto all'indennizzo dei gestori uscenti e si individuano, altresì, gli effetti pregiudizievoli che tale misura riparatoria dovrebbe ristorare per essere davvero equa, soddisfattiva e conforme ai principi di derivazione eurounitaria. Si segnala, inoltre, l'esigenza di procedere ad una integrale revisione dei criteri per la determinazione dei canoni concessori, introducendo il principio di corrispettività, al fine di garantire un sistema effettivamente concorrenziale, efficiente ed economicamente sostenibile per lo Stato.

The national regulation of marine State property concessions in the light of European law

The article traces the evolution of Italian legislation regarding marine state property concessions: from the transitional regime of the extensions ex lege of existing concessions, adopted by the Italian legislator in the Nineties, up to the last extension of such concessions to 2033, and taking into account the European Commission's position. The nature and multiple functions of the concessions for tourist-recreational uses are analyzed. On the basis of that analysis, the objectives and contents of necessary reform

of the field are outlined, with the aim of adapting domestic law to EU competition rules. In addition to the obligation to award concessions by tender, the article highlights the need for reform to include the right to compensation of outgoing operators in such a way as to be truly equitable, satisfactory and in accordance with principles of EU law. It should also be noted that the criteria for determining license fees must be revised by introducing the principle of remuneration in order to ensure a genuinely competitive system, one which is efficient and economically sustainable for the State.

1. L'evoluzione della legislazione italiana relativa alle concessioni demaniali marittime, con finalità turistico-ricreative: il regime transitorio delle proroghe ex lege delle concessioni in essere e le prese di posizione su tale sistema assunte dalla Commissione europea, dalla giurisprudenza comunitaria e dalla giurisprudenza interna, costituzionale, civile ed amministrativa

Sin dal 1990 la normativa italiana ha chiaramente manifestato la tendenza a privilegiare la stabilità dei rapporti concessori aventi ad oggetto il diritto di sfruttamento, per finalità turistico-ricreative, del demanio marittimo e lacuale^[1]. L'art. 1, comma 2, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, stabiliva, infatti, che i predetti rapporti pubblicitari avevano una durata di 6 anni e che i relativi provvedimenti costitutivi erano rinnovabili automaticamente per la stessa durata a semplice richiesta dell'interessato, salvo il potere di revoca, per ragioni di pubblico interesse, riservato all'ente concedente dall'art. 42 del Codice della Navigazione (R.D. 30 marzo 1942, n. 327). Tale potere di autotutela, tuttavia, è stato esercitato molto raramente dall'amministrazione concedente.

Inoltre, era riconosciuto dall'art. 37, comma 2, cod. nav., il c.d. diritto di insistenza: in base a tale istituto, nel caso in cui fossero proposte più istanze per l'assegnazione della concessione demaniale, doveva essere preferito, tra i contendenti, il soggetto già titolare del provvedimento ampliativo da rinnovare^[2].

Il suindicato sistema non concorrenziale di scelta dei gestori dei beni demaniali marittimi e lacuali è stato oggetto di censure da parte della giurisprudenza interna^[3], anche di rango costituzionale: in particolare la Consulta è stata investita, in più occasioni^[4], della questione relativa alla conformità costituzionale di norme regionali, che prevedevano proroghe o rinnovi automatici in favore degli *incumbents* ed ha rilevato l'illegittimità delle norme sottoposte al suo scrutinio, per violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e, in taluni casi, anche per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 2, lett. a) ed e), Cost.. Il Giudice delle leggi ha avuto modo di osservare al riguardo che *«il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni viola l'art. 117, comma 1, Cost., per contrasto con i vincoli determinati dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando altresì una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti.....Il rinnovo o la proroga automatica della concessione, al contempo, impedisce l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, ponendo barriere all'ingresso, tali da alterare la concorrenza»*^[5].

Il modello chiuso e anticoncorrenziale, delineato dall'art. 37 cod. nav., è stato criticato anche dall'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato: quest'ultima, infatti, nella segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008, ha sottolineato l'inconciliabilità con l'*acquis* comunitario di norme - come quella da ultimo citata - che pongono in una posizione di favore il titolare della concessione.

La disciplina nazionale relativa al diritto allo sfruttamento, per fini economici, delle spiagge ha comportato, altresì, l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia (procedura di infrazione 2008/4908): nella lettera di messa in mora, datata 29 gennaio 2009, la Commissione europea ha espresso dubbi in merito alla compatibilità del predetto regime con il principio di libertà di stabilimento, poiché la preferenza accordata dalla normativa interna al concessionario uscente rende, se non impossibile, certamente oltremodo difficile per le imprese provenienti da altri Stati membri concorrere per l'assegnazione del bene demaniale.

A seguito dell'avvio della procedura di infrazione il legislatore italiano ha abrogato - con l'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito in legge 26 febbraio 2010, n. 25 - la norma del codice della navigazione che prevedeva il c.d. diritto di insistenza. Contestualmente, però, è stata disposta, in via transitoria, la proroga *ex lege* di tutte le concessioni demaniali marittime, per uso turistico-ricreativo, esistenti, in attesa di una riforma organica - i cui principi ispiratori e tempi di entrata in vigore non sono, peraltro, mai stati compiutamente definiti^[6] - che provvedesse a conformare la regolamentazione del settore alle norme europee in materia di concorrenza.

Tali correttivi sono stati ritenuti inadeguati e sostanzialmente elusivi^[7] dei precetti eurounitari e sono stati pertanto nuovamente contestati dalla Commissione europea: in particolare, quest'ultima ha inviato, nel maggio 2010, una nuova lettera di messa in mora, integrativa di quella precedente, datata 29 gennaio 2009, nella quale è denunciata la contrarietà all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE^[8] e all'art. 49 TFUE delle modifiche apportate alla disciplina nazionale sottoposta a procedura di infrazione^[9].

Dopo quest'ulteriore intervento delle Istituzioni comunitarie, il legislatore nazionale ha disposto l'abrogazione - con l'art. 11 della legge 15 dicembre 2011, n. 217 (legge comunitaria 2010) - dell'art. 1, comma 2, del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 (sostitutivo del testo originario dell'art. 37 cod. nav.), ed ha conferito - con la stessa norma - al Governo la delega ad emanare, entro il 17 aprile 2013, un decreto legislativo, avente ad oggetto la revisione ed il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. In conseguenza di tali provvedimenti legislativi, la procedura di infrazione è stata chiusa nel febbraio 2012.

La preannunciata riforma del settore non è stata, tuttavia, approvata né prima né dopo il termine del 17 aprile 2013; in compenso la durata della proroga automatica e generalizzata delle concessioni demaniali in essere, originariamente fissata sino al 31 dicembre 2012, è stata, con successivi interventi normativi, estesa, dapprima, sino al 31 dicembre 2015 e, poi, sino al 31 dicembre 2020 (in forza dell'art. 34, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221).

Alcuni giuridici amministrativi^[10], chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto europeo del predetto regime di proroghe legali, reiterate e di lunga

durata, hanno ritenuto di sottoporre, in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione alla Corte di Giustizia Ue: quest'ultima - con la decisione 14 luglio 2016 (relativa alle cause riunite C-458/2014 e C-67/15) ^[11] - ha giudicato non conforme alle norme ed ai principi sovranazionali in materia di concorrenza la pratica, invalsa nell'ordinamento italiano, di differire *ex lege* la scadenza delle concessioni demaniali marittime e lacuali, per attività turistico-ricreative.

Tale convincimento si fonda, innanzitutto, sulla considerazione che i provvedimenti ampliativi prorogati non sono ascrivibili al *genus* delle concessioni di servizi, regolate dalla direttiva 2014/123/UE: nella decisione della giurisprudenza sovranazionale sopra richiamata è stato sottolineato in particolare che le attività imprenditoriali private svolte su beni demaniali marittimi hanno ad oggetto non tanto una prestazione di servizi determinata dall'ente concedente - come nel caso delle concessioni di servizi, le quali sono, per l'appunto, caratterizzate dal fatto di produrre l'effetto di trasferire il diritto di gestire un servizio pubblico dall'autorità concedente al concessionario - quanto piuttosto il riconoscimento del diritto ad esercitare un'attività economica su un bene di proprietà pubblica. Per tali ragioni, le concessioni, di cui si discute, sono più correttamente qualificabili - ad avviso del Giudice di Lussemburgo - come autorizzazioni, ai sensi della direttiva 2006/123/CE, in quanto costituiscono atti formali che gli interessati «*devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di potere esercitare la loro attività economica*» ^[12]. Più precisamente, gli atti ampliativi, di cui si discute, sono ricondotti dalla Corte di Giustizia nella specifica categoria delle autorizzazioni disciplinate dall'art. 12 della direttiva europea da ultimo richiamata, dato che anch'essi hanno la funzione di consentire l'accesso e l'uso, a fini economici, di risorse naturali scarse. Si fa notare, infatti, che il litorale - e ancor più la fascia di arenile - rappresenta un'area, per definizione, circoscritta e suscettibile di sfruttamento da parte di un numero contingentato di operatori economici ^[13].

In base al suesposto percorso argomentativo il massimo Organo della giurisdizione comunitaria è giunto ad affermare l'illegittimità della disciplina transitoria delle concessioni demaniali marittime, adottata dal legislatore italiano: il Giudice sovranazionale ha osservato, in particolare, che la proroga legale degli affidamenti relativi ai beni demaniali, effettuata senza gara, equivale, nella sostanza, al rinnovo automatico delle stesse, il quale è espressamente vietato dal

paragrafo 2 del menzionato art. 12 della direttiva Bolkestein.

Nella decisione 14 luglio 2016, la Corte di Giustizia ha, inoltre, ravvisato il contrasto della normativa nazionale in esame con l'art. 49 TFUE: al riguardo è stato preliminarmente posto in rilievo che il diritto di stabilimento su un'area demaniale marittima, funzionale allo sfruttamento economico della stessa area per scopi turistico-ricreativi, «*presenta un evidente interesse transfrontaliero*»^[14]; da tali premesse s'è inferito che l'assegnazione diretta di un simile diritto, senza l'espletamento di una procedura selettiva, ad una impresa con sede nello stesso Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una indiscutibile disparità di trattamento, vietata dal menzionato art. 49 TFUE, a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero avere interesse alla medesima assegnazione^[15].

2. Segue: l'ultima proroga disposta sino al 2033 dalla normativa nazionale e gli orientamenti espressi dalla Commissione europea, dalla Corte di giustizia Ue, dalla giurisprudenza nazionale e dall'Autorità antitrust riguardo alla compatibilità di tale misura con il diritto europeo.

L'ultima proroga legale delle concessioni demaniali vigenti è stata stabilita dall'art. 1, commi 682, 683 e 684, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019): con tale norma è stato disposto il prolungamento *ex lege* dei rapporti concessori in essere alla data di entrata in vigore della legge di bilancio (31 dicembre 2018) di ulteriori 15 anni, ovvero sino al 31 dicembre 2033. Inoltre, l'art. 182, comma 2, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77 (c.d. Decreto Rilancio), ha previsto, in conformità a quanto statuito dal citato art. 1, commi 682, 683 e 684, della legge n. 145/2018, che «*gli operatori proseguono l'attività nel rispetto degli obblighi inerenti al rapporto concessorio già in atto..... e gli enti concedenti procedono alla ricognizione delle relative attività, ferma restando l'efficacia dei titoli già rilasciati*».

Il suindicato regime provvisorio ha avuto sostanzialmente l'effetto - dietro lo schermo giustificatore della transitorietà - di protrarre ancora per un tempo lunghissimo la durata delle concessioni demaniali esistenti (tra l'altro, senza oneri

aggiuntivi per gli operatori assegnatari e adeguamenti dei canoni) ed appare, quindi, l'ennesimo espediente, posto in essere dal legislatore italiano, per eludere i precetti sovranazionali. Per tali ragioni, la nuova misura dilatoria, introdotta dalla legge n. 145/2018, è stata oggetto di serrate critiche e censure da parte della giurisprudenza interna^[16], la quale si è mostrata compatta e pressoché unanime nel giudicare l'ulteriore proroga, contenuta nella legge di bilancio 2019, incompatibile con la normativa europea in materia di concorrenza^[17]. Vi è, infatti, la generale consapevolezza dei giudici nazionali che non è più differibile l'adeguamento della disciplina interna relativa alle concessioni di arenili per scopi turistico-ricreativi ai principi di imparzialità, trasparenza e *par condicio* imposti dall'ordinamento unionale^[18]. Si sottolinea al riguardo che è ormai pacifica l'applicabilità di siffatti principi, di derivazione comunitaria, anche alle materie diverse dagli appalti pubblici ed a quelle non aventi rilevanza transfrontaliera (purché inerenti ad attività suscettibili di apprezzamento in termini economici)^[19]. Si pone in rilievo, inoltre - in piena aderenza con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia UE - che il provvedimento ampliativo, di cui si discetta, ha tutti i requisiti, ontologici e funzionali, per essere considerato un'autorizzazione, ai sensi dell'art. 12 della direttiva n. 123/2006^[20]; a questo proposito, si fa notare che la concessione demaniale marittima:

- a) è preordinata a consentire un'attività economica, rappresentata dalla gestione di uno stabilimento balneare;
- b) riguarda una risorsa naturale in quanto conferisce il diritto di sfruttamento di un tratto di costa marittima;
- c) la risorsa naturale oggetto di concessione si contraddistingue per la sua scarsità, essendo gli arenili in numero limitato e la loro concessione in uso a carattere escludente (atteso che l'assegnazione del bene ad un operatore preclude a tutti gli altri concorrenti di usufruire dello stesso bene, per analoghe iniziative imprenditoriali)^[21].

Le suesposte riflessioni hanno indotto, quindi, la prevalente giurisprudenza amministrativa^[22] e la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione^[23] ad affermare la necessità di disapplicare la normativa nazionale innanzi indicata, tendente a «*procrastinare il blocco sine die dei procedimenti per il rilascio delle concessioni demaniali*»^[24], giacché detta normativa risulta confliggente con i vincoli imposti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e

tutela della concorrenza e non rispettosa del primato assunto dal diritto eurounitario sul diritto interno dei singoli stati membri ^[25].

Confortati da tali pronunciamenti ^[26], molti comuni - delegati alla gestione dei beni demaniali marittimi, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione (ad opera della legge cost. n. 3/2001) ^[27] - hanno deciso, dunque, di non dare attuazione all'art. 1, commi 682, 683 e 684, della legge n. 145/2018, negando, conseguentemente, rinnovi e proroghe alle concessioni demaniali in scadenza. Non sono, tuttavia, mancate prese di posizioni giurisprudenziali contrarie alle iniziative degli enti locali ora segnalate: taluni giudici amministrativi hanno, difatti, osservato che *«il potere di disapplicazione della legge nazionale in conflitto con quella euro-unionale (nella specie, in materia di concessioni demaniali), attribuito prudentemente al giudice dall'ordinamento interno e dall'ordinamento euro-unionale e supportato all'uopo dalla specifica attribuzione di poteri ad esso funzionali e prodromici, non è sic et simpliciter attribuito in via automatica e addirittura vincolante al dirigente comunale, che non dispone (e non a caso) della possibilità di ricorrere all'ausilio di tale facoltà»* ^[28].

Molto opportunamente, la questione controversa sopra descritta, fonte di contrasti giurisprudenziali non ancora sopiti, è stata deferita, di recente, all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a. ^[29]. Su tale questione non si è ancora pronunciato il massimo Organo della giustizia amministrativa.

Riguardo al tema in esame ha avuto modo di esprimersi anche l'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato: quest'ultima - nella segnalazione avente ad oggetto *«Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021»*, inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 - ha rilevato che *«la proroga del termine di durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa si pone in contrasto con gli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in quanto è suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE (c.d. direttiva Servizi)»* ^[30].

Più esattamente, la predetta Autorità di regolazione ritiene, in conformità con gli orientamenti espressi dalla più recente giurisprudenza nazionale ^[31] e sovranazionale ^[32], che non sia ammissibile sottoporre le concessioni demaniali

marittime ad un regime, seppur transitorio, di proroga reiterata, generalizzata, di lunga durata e derogatoria rispetto al principio della gara, in quanto le spiagge sono ontologicamente delle risorse naturali scarse e limitate; secondo l'AGCM, dunque, la gestione di tali beni pubblici può essere esternalizzata dall'amministrazione solo attraverso procedure selettive tra potenziali candidati, che garantiscano imparzialità, trasparenza e pubblicità, in ossequio a quanto prescritto dall'art. 12 della già menzionata direttiva servizi.

L'Antitrust ha, altresì, rimarcato che il sistema non concorrenziale di assegnazione delle concessioni demaniali marittime, con finalità turistico-ricreative, collide con l'art. 49 TFUE, giacché comporta una restrizione ingiustificata alla libertà di stabilimento delle imprese con sede in un altro Stato membro, in relazione ad un bene che, per la sua sicura valenza economica, assume un indiscutibile interesse transfrontaliero. Nella segnalazione qui riferita, si afferma, in particolare, che *«in un mercato, in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive, esiste un'esclusiva o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve avvenire mediante procedure trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario. L'indizione di procedure competitive per l'assegnazione delle concessioni potrà, ove ne ricorrano i presupposti, essere supportata dal riconoscimento di un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dal concessionario uscente»*.

La predetta Amministrazione indipendente ha ulteriormente posto in evidenza che il continuo differimento *ex lege* della scadenza delle concessioni demaniali marittime esistenti *«è anche causa anche di un evidente danno per le finanze pubbliche»*, tenuto conto della generale possibilità, riconosciuta dall'art. 45 *bis*, cod. nav., di ricorrere in *subiecta materia* all'istituto della *sub*-concessione e della misura ridotta dei canoni concessori stabiliti secondo i criteri, di cui all'art. 3, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400.

In forza delle suesposte argomentazioni, il Garante della concorrenza e del mercato ha proposto, nella segnalazione al Governo qui richiamata, di abrogare l'art. 1, commi 682, 683 e 684, della legge n. 145/2018, e di *«adottare in tempi brevi una nuova normativa che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità»*; nella medesima segnalazione ha, altresì, suggerito di affidare anche la definizione della

misura del canone dovuto alla procedura competitiva per la selezione dei concessionari e di modificare, comunque, l'art. 45 *bis* del Codice della Navigazione, reintroducendo nel testo della norma le parole «*in casi eccezionali e per periodi determinati*», soppresse dalla legge 16 marzo 2001, n. 18.

Inoltre, la medesima *Authority* - avvalendosi dei poteri ad essa conferiti dalla legge istitutiva, i quali le consentono, tra l'altro, di impugnare in via giurisdizionale gli atti che confliggono con i principi di libera concorrenza - ha provveduto ad inviare diverse diffide alle Amministrazioni comunali che, in applicazione dell'art. 1, commi 682, 683 e 684, della legge n. 145/2018, hanno disposto la proroga, sino al 31 dicembre 2033, delle concessioni rilasciate, invitando le stesse ad annullare le determinazioni adottate; in un caso, a fronte del rifiuto, opposto da un Comune, di esercitare i poteri di autotutela sollecitati, l'Antitrust ha proposto ricorso al T.a.r.^[33] .

Occorre in ultimo rammentare che la Commissione europea ha avviato, il 3 dicembre 2020, una nuova procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia a causa del mancato adeguamento della legislazione nazionale relativa alla gestione dei beni demaniali marittimi alla disciplina unionale della concorrenza; nella relativa lettera di messa in mora^[34] la Commissione ha contestato all'Italia di aver «*prorogato ulteriormente le autorizzazioni vigenti fino alla fine del 2033 e vietato alle autorità locali di avviare o proseguire procedimenti pubblici di selezione per l'assegnazione di concessioni, che altrimenti sarebbero scadute, violando il diritto dell'Unione*». In particolare, nell'ultima lettera di richiamo inviata al Governo italiano sono invocati, a sostegno dei rilievi *ivi* espressi, i principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella già citata decisione 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e 67/15^[35] .

3. La natura delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative

Si è sottolineato nei precedenti paragrafi che, secondo l'indirizzo interpretativo consolidato della giurisprudenza sovranazionale e interna, la concessione demaniale marittima (o lacustre)^[36] , per usi turistico-ricreativi, non è riconducibile al *genus* delle concessioni di opera o di servizi, ai sensi delle direttive appalti, quanto piuttosto a quello delle autorizzazioni disciplinate dall'art. 12 della

direttiva 2006/123/CE, essendo l'atto amministrativo in questione preordinato a consentire e regolare lo sfruttamento, a fini imprenditoriali, di una risorsa naturale scarsa.

I connotati del provvedimento ampliativo qui considerato non si esauriscono, tuttavia, nelle predette qualità e prerogative: i giudizi nazionali^[37] hanno giustamente posto in rilievo che, nell'ipotesi - invero tipica ed ordinaria - in cui, con il provvedimento in esame, l'Autorità marittima abbia autorizzato il gestore dello stabilimento balneare ad eseguire opere edilizie, strumentali all'esercizio dell'impresa, la concessione demaniale assume anche natura di concessione superficiaria, posto che, in relazione alle opere edilizie assentite, è atto costitutivo di un diritto di superficie in favore del concessionario^[38].

Tale ultima funzione della concessione demaniale marittima è direttamente desumibile dalla sua disciplina positiva: dalle disposizioni contenute nel Codice della navigazione si evince, innanzitutto, che il provvedimento in questione è finalizzato a permettere ad operatori privati o pubblici di occupare aree costiere allo scopo di impiantarvi uno o più stabilimenti destinati a facilitare o a rendere più confortevole, nei periodi estivi, la balneazione da parte dei soggetti interessati ad usufruire, dietro pagamento, dei servizi messi a disposizione dal gestore della struttura turistico-ricettiva (quali ombrelloni, cabine, spogliatori, docce, bar ristorante, ecc.)^[39].

In particolare, la possibilità, per l'assegnatario di beni del demanio marittimo, di costruire in proprio manufatti, con il consenso dell'Amministrazione competente, per una migliore fruizione dei tratti litoranei acquisiti in uso esclusivo è implicitamente, ma chiaramente, ammessa dall'art. 41 cod. nav., il quale attribuisce al concessionario la facoltà di costituire ipoteca sulle opere da lui stesso eseguite sul suolo pubblico, previo assenso dell'ente concedente.

Anche l'art. 46 cod. nav. sembra confermare che l'edificazione di strutture stabili, in costanza del rapporto concessorio, comporta l'insorgenza di un autonomo diritto reale di godimento e di disposizione (ancorché condizionato al gradimento dell'ente pubblico proprietario) sulle opere compiute, da parte di chi le ha poste in essere: si ricorda che tale norma riconosce al concessionario il diritto di alienare le costruzioni erette ai terzi che subentrano nella titolarità della concessione (sempre previo nulla osta dell'autorità demaniale)^[40].

Il suindicato regime proprio degli interventi edilizi autonomamente attuati dal

gestore dello stabilimento balneare ricalca in larga misura la disciplina del diritto di superficie dettata dagli artt. 952 e 953 c.c.. Infatti, al pari di queste ultime norme di *ius commune*, i precetti del codice di navigazione prima riportati conferiscono al titolare del diritto dominicale il potere di autorizzare un altro soggetto a fare e mantenere sopra e sotto il suolo di proprietà edifici, di cui il costruttore acquista, a sua volta, la proprietà (superficiaria), con facoltà di disporre durante il periodo di efficacia dell'atto concessorio ⁽⁴¹⁾.

Inoltre l'art. 49 cod. nav., similmente a quanto stabilito dall'art. 953 c.c., prescrive che, alla scadenza della concessione, le opere inamovibili realizzate dal concessionario sono acquisite di diritto dallo Stato; il citato art. 49 cod. nav. si discosta, tuttavia, dall'art. 936 c.c., in quanto, a differenza di tale norma civilistica che impone l'obbligo di indennizzo, prevede che la devoluzione *ex lege* a favore dell'amministrazione proprietaria del bene demaniale avvenga «*senza alcun compenso o rimborso*» ⁽⁴²⁾.

In definitiva, dal complesso delle disposizioni applicabili in materia si deduce che il gestore di aree facenti parte del demanio marittimo diviene titolare di un autonomo e separato diritto di superficie per effetto dell'esercizio dello *ius aedificandi* sul tratto di arenile ottenuto in uso; tale diritto reale di godimento (con obblighi accessori) su suolo altrui consente all'assegnatario della spiaggia - durante il periodo di vigenza del rapporto concessorio e con l'assenso dell'Amministrazione demaniale - di costituire, tra l'altro, sui manufatti da lui stesso eretti diritti reali di garanzia e di cedere addirittura i predetti manufatti ad altro soggetto che intende sostituire nel godimento della concessione, ai sensi degli artt. 41 e 46, cod. nav..

In sostanza, l'esecuzione di interventi edilizi, da parte del concessionario del bene demaniale marittimo, viene a determinare una scissione orizzontale dell'assetto dominicale dell'area interessata, nel senso che il concedente mantiene la proprietà del suolo e il concessionario acquista la proprietà superficiaria dell'opera sovrastante dal medesimo realizzata (ancorché tale ultimo diritto reale abbia carattere temporaneo e sia assoggettato ad una peculiare regolazione in ordine al momento della sua modificazione, cessazione o estinzione) ⁽⁴³⁾.

4. La necessità di applicare il principio della gara per l'assegnazione delle concessioni balneari e il diritto all'indennizzo dei concessionari uscenti

Si è più sopra segnalato che la concessione demaniale marittima ha una duplice natura: da una parte, costituisce un atto autorizzatorio, ai sensi dell'art. 12 della direttiva servizi; dall'altra funge da concessione superficiaria.

La riconducibilità del provvedimento ampliativo in esame nell'ambito di applicazione della direttiva Bolkestein comporta l'obbligo, per l'Autorità competente, di procedere all'assegnazione degli arenili mediante gara: così impone, infatti, l'art. 12, comma 1, della direttiva da ultima citata.

La medesima disposizione, al comma 2, statuisce, inoltre, che l'autorizzazione rilasciata deve avere «una durata limitata adeguata» e «non può prevedere la procedura di rinnovo automatico».

Indiscutibilmente il sistema di reiterate proroghe *ex lege* delle concessioni demaniali marittime in vigore, adottato dall'ordinamento italiano, è confliggente con la disciplina eurounitaria pocanzi ricordata. Detta situazione di incompatibilità - ormai conclamata e prolungata - rende non più rinviabile una riforma del settore che provveda ad adeguare finalmente il diritto interno a quello sovranazionale, consentendo lo svolgimento delle prescritte procedure selettive per l'affidamento degli arenili per usi turistico-ricreativi.

A tale fine, l'emananda riforma dovrebbe necessariamente eliminare o, quantomeno, ridurre drasticamente la durata dell'ultima proroga disposta, sino al 31 dicembre 2033, dalla legge n. 145/2018. E' lecito, tuttavia, chiedersi se un simile intervento normativo - indispensabile, ma certamente pregiudizievole per i titolari delle concessioni in essere - debba prevedere anche forme di ristoro in favore delle imprese uscenti.

Al riguardo, la Corte Costituzionale sembra essere orientata in senso negativo: quest'ultima - si ricorda - è stata chiamata a pronunciarsi su alcune recenti leggi regionali, che, nel disciplinare le modalità di svolgimento delle procedure comparative per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime, ponevano come condizione per il subentro nel rapporto in scadenza che il nuovo gestore, aggiudicatario della gara, corrispondesse un indennizzo, in favore del gestore

sostituito, commisurato al valore commerciale dello stabilimento balneare, ed ha rilevato, sotto diversi profili, la illegittimità costituzionale di siffatte disposizioni^[44]. La Consulta ha, tra l'altro, affermato che il predetto meccanismo di ristoro viola l'art. 117, commi 1 e 2, lett. e), Cost., in quanto risulta difforme dalla norma interposta costituita dall'art. 16, comma 4, del d.lgs. n. 59/2010 (che ha dato attuazione in Italia alla direttiva Bolkestein): la norma ora citata stabilisce, in piena aderenza al disposto dell'art. 12, comma 2, della direttiva servizi, che, nelle procedure selettive per l'affidamento in uso di risorse naturali scarse, come le spiagge, «*non possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente*». Il Giudice delle leggi ha ulteriormente argomentato che l'imposizione di un obbligo di indennizzo a carico del subentrante influirebbe sensibilmente sulle prospettive di acquisizione della concessione, rappresentando una delle componenti del costo dell'affidamento, e inciderebbe pertanto sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sull'uniforme regolamentazione dello stesso, potendo determinare, per le imprese concorrenti, interessate alla gestione del bene demaniale marittimo, un disincentivo alla partecipazione alla gara per l'ottenimento della gestione.

La Corte ha, inoltre, osservato che l'obbligo di ristoro in questione si pone in contrasto con l'art. 49, comma 1, cod. nav., il quale prescrive che, alla scadenza della concessione, tutte le opere amovibili, realizzate dal concessionario, sono acquisite di diritto al demanio, senza alcun compenso o rimborso in favore dell'esecutore e proprietario superficario^[45].

L'indirizzo interpretativo, espresso dalla Consulta e sopra compendiato, non appare condivisibile per diverse ragioni: in primo luogo occorre sottolineare che l'art. 49 cod. nav.^[46], richiamato dal Giudice delle leggi, suscita, a sua volta, seri dubbi di legittimità costituzionale. Tale norma, infatti, risulta difficilmente conciliabile con l'art. 42, comma 3, Cost., posto che l'incameramento, a titolo gratuito, delle opere stabili, eseguite dal concessionario (le quali potrebbero anche contribuire a valorizzare significativamente il demanio marittimo^[47]), comporta una sostanziale espropriazione, senza indennizzo, della proprietà superficaria costituita dal provvedimento concessorio^[48], in violazione del precetto costituzionale da ultimo menzionato.

Inoltre, la particolare forma di accessione, regolata dall'art. 49 cod. nav., è incompatibile con il diritto europeo: tale regime collide, innanzitutto, con l'art. 1 del 1° protocollo addizionale alla Convenzione EDU, avente ad oggetto la

“Protezione della proprietà”; quest’ultima disposizione sovranazionale statuisce che «*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*». La stessa norma, al comma 2, specifica che essa non pregiudica «*il diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale....*».

La Corte EDU ha chiarito in diverse sentenze^[49] che il precetto ora riportato, pur non vietando o escludendo interventi restrittivi degli Stati membri sulla proprietà privata, per ragioni di pubblico interesse, richiede comunque che, nell’attuazione di simili interventi, sia garantito un “giusto equilibrio” tra il perseguimento dell’utilità generale e l’eventuale limitazione della proprietà privata, costituente un diritto fondamentale del cittadino, ovvero che sussista un “ragionevole rapporto di proporzionalità” tra gli obiettivi pubblicistici perseguiti e il sacrificio individuale richiesto. In particolare, secondo la giurisprudenza qui riferita, l’equo bilanciamento delle ragioni del singolo e della collettività impone, nel caso di espropriazione per motivi di pubblica utilità, che sia riconosciuto, in favore del soggetto inciso, un “indennizzo integrale”, commisurato al “valore di mercato” del compendio immobiliare espropriato^[50].

Per gli stessi motivi, l’art. 49, cod. nav., confligge, altresì, con l’art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (c.d. Carta di Nizza), relativo al “*Diritto di proprietà*”: tale disposizione europea, in piena aderenza al succitato art. 1 del 1° protocollo addizionale alla Convenzione EDU, prescrive che «*Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità*»^[51].

Giova sottolineare che la nozione di proprietà, accolta dalla CEDU e dalla Carta di Nizza, è intesa in senso assai ampio dai giudici europei, tanto che in essa sono ricompresi anche i beni immateriali, la proprietà commerciale, l’avviamento, il diritto d’autore e tutto ciò che viene a costituire il patrimonio di beni del soggetto privato^[52].

La devoluzione allo Stato, ex art 49 cod. nav., delle opere costruite sul suolo demaniale marittimo, senza contropartite economiche, non pare neppure

conforme agli artt. 49, relativo al “diritto di stabilimento” e 56, riguardante la “libera prestazione dei servizi all’interno dell’Unione”, TFUE. Si ricorda che, per giurisprudenza comunitaria pacifica e consolidata^[53], tutte le misure che vietano, ostacolano o rendono meno interessante l’esercizio della libertà di stabilimento e/o della libera prestazione di servizi determinano illegittime restrizioni ai diritti fondamentali garantiti dai succitati artt. 49 e 56 TFUE. In ossequio a tali principi, la Corte di Giustizia ha ritenuto, in particolare, lesiva delle norme generali innanzi indicate una disposizione nazionale (italiana)^[54] che, in modo analogo all’art. 49 cod. nav., imponeva «*al concessionario di cedere, a titolo non oneroso, all’atto della cessazione dell’attività per scadenza del termine della concessione, l’uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono...l’azienda*»^[55].

Le suesposte considerazioni mettono in evidenza l’incompatibilità dell’art. 49 cod. nav. con il diritto dell’Unione europea; detta norma interna, non rispettando i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario, risulta in contrasto, oltre che con gli artt. 42 e 43 Cost., anche con l’art. 117, comma 1, Cost., ed è direttamente disapplicabile da parte del giudice nazionale.

Ciò chiarito, occorre aggiungere che l’indennizzo spettante ai gestori uscenti - nel caso di abrogazione dell’art. 1, commi 682, 683 e 684, della legge n. 145/2018, o, comunque, di riduzione della proroga *ivi* contemplata - dovrebbe tener conto ed essere commisurato non solo al valore venale delle opere edilizie eseguite dal predetto soggetto nel corso del rapporto concessorio, ma anche al valore degli eventuali investimenti effettuati e non ammortizzati e al margine di profitto concordato con l’amministrazione concedente e non realizzato dal medesimo soggetto a causa della cessazione anticipata del rapporto concessorio. La necessità di ristorare (anche) le perdite subite e i mancati guadagni discende direttamente dai pocanzi menzionati artt. 49 e 56 TFUE, così come interpretati ed applicati dalla Corte di Giustizia UE, e dai principi, sempre di matrice comunitaria, di tutela dell’affidamento, proporzionalità e certezza del diritto. Del resto, la salvaguardia del capitale investito dal prestatore uscente è esplicitamente prevista ed assicurata dalla direttiva 2014/123/UE: il considerando n. 62, *ivi* contenuto, prescrive, infatti, “*che è necessario...garantire l’ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti*”.

D’altro canto, se non si ammettesse la ristorabilità degli effetti pregiudizievoli da

ultimo indicati, l'acquisizione, da parte dello Stato, dello stabilimento balneare, conseguente alla fine anticipata della concessione eventualmente disposta dalla legge di riordino del settore, integrerebbe un'ipotesi di sostanziale espropriazione, senza indennizzo, dell'impresa avviata sul suolo demaniale (il cui esercizio potrebbe, tra l'altro, aver migliorato le condizioni di fruibilità ed il valore complessivo del bene pubblico), in violazione dell'art. 43 Cost..

Giova rammentare che l'esigenza di compensare i surriferiti effetti lesivi è sottolineata anche dalla Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato: quest'ultima, invero - nella già menzionata segnalazione contenente "*Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*", inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/1990 - ha rilevato che il nuovo sistema concorrenziale per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime dovrebbe anche riconoscere "*ove ne ricorrano i presupposti,.....un indennizzo a tutela degli eventuali investimenti effettuati dai concessionari uscenti*".

Al fine di garantire un equo ristoro ai predetti soggetti, la futura disciplina adeguatrice del regime relativo delle concessioni demaniali marittime al diritto europeo dovrebbe, altresì, contemplare l'obbligo, per i gestori scelti mediante gara, di corrispondere ai gestori sostituiti un indennizzo parametrato al valore commerciale dell'azienda insistente sull'area demaniale data in affidamento.

Si è già ricordato che la Consulta^[54] ha escluso la legittimità costituzionale di una simile previsione: il Giudice delle leggi ha, in particolare, osservato che l'imposizione di obblighi di ristoro, a carico dei nuovi affidatari dei beni demaniali marittimi, determinerebbe limitazioni alla libera concorrenza, in quanto fungerebbe da barriera di accesso al mercato di riferimento; la Corte ha ulteriormente affermato che la condizione per il subentro qui considerata si porrebbe in contrasto con il principio, enunciato dall'art. 12, comma 2, della direttiva Bolkestein, secondo cui non è consentito "*accordare.. vantaggi al prestatore uscente*".

Tali argomentazioni non sembrano, peraltro, dirimenti ed insuperabili: innanzitutto, la misura riparatoria, di cui si discute, è espressiva ed attuativa dei già richiamati artt. 1 del 1° protocollo addizionale alla Convenzione EDU e 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, i quali - come si è avuto modo di evidenziare - accolgono una nozione molto ampia di proprietà,

tale da includere anche la proprietà commerciale, l'avviamento e il valore economico dell'azienda.

Occorre far notare, inoltre, che il riconoscimento di un indennizzo, conformato al valore commerciale dell'impresa balneare esistente sul bene demaniale marittimo oggetto di gara, non è, in realtà, finalizzato ad attribuire un indebito vantaggio, *rectius* una rendita di posizione, al gestore uscente, quanto piuttosto ad evitare un ingiusto arricchimento, da parte del nuovo gestore, ai sensi dell'art. 2041 c.c..

Come ha giustamente rilevato il T.a.r. Veneto nell'ordinanza di remissione^[57] alla Consulta della questione di legittimità costituzionale poi risolta dalla medesima Consulta con la già menzionata decisione n. 222/2020, il ristoro ora considerato trova, in effetti, la sua *ratio* fondamentale nel principio civilistico del divieto di arricchimenti ingiustificati; detta forma riparatoria infatti, pur inserendosi all'interno della disciplina pubblicistica relativa ad una procedura ad evidenza pubblica, attiene più propriamente al rapporto - di schietta natura privatistica - tra due soggetti (il prestatore uscente e il subentrante), regolato dallo *ius commune*, posto che è destinata a risarcire il titolare della concessione scaduta per la cessione "forzata ed imposta" dell'attività da lui stesso avviata ed esercitata al concessionario subentrante.

Con tale meccanismo compensativo è assicurato, in sostanza, un equo bilanciamento tra la diminuzione patrimoniale sofferta dal gestore "storico" non confermato e il corrispondente vantaggio economico acquisito dal nuovo gestore scelto tramite gara. Essendo questa la funzione assolta dal ristoro in esame, esso dovrebbe coprire - al pari dell'indennizzo contemplato dall'art. 2041 c.c. - il solo danno emergente, inteso in termini di perdita effettiva, non il lucro cessante^[58].

In conclusione, è auspicabile che l'emananda riforma del comparto costiero provveda a ridurre, in modo significativo, la durata dell'ultima proroga disposta *ex lege*; al contempo, è però necessario che l'intervento di riordino preveda, a favore del concessionario uscente, un indennizzo il quale, per essere davvero equo e soddisfacente, dovrebbe tener conto di tutti gli effetti dannosi provocati dalla cessazione anticipata del rapporto concessorio. Tali conseguenze pregiudizievoli, come si è detto, consistono, in particolare:

- nella perdita della proprietà superficaria relativa alle opere realizzate in costanza della concessione; sotto questo profilo, l'indennizzo dovrebbe essere

commisurato al valore venale delle predette opere e gravare sull'ente concedente;

- nella (eventuale) perdita del capitale investito e nel mancato profitto causato dalla fine anticipata della gestione dello stabilimento balneare; anche il correlato obbligo di ristoro dovrebbe ricadere sull'ente concedente e coprire integralmente il danno subito;
- nella cessione dell'attività al subentrante; la connessa misura indennitaria, espressiva dei principi stabiliti dall'art. 2041 c.c., dovrebbe corrispondere (o perlomeno essere determinata in base) al valore commerciale dell'impresa esistente sul suolo demaniale ed essere posta a carico del nuovo assegnatario della concessione.

5. Considerazioni conclusive

L'affidamento delle concessione demaniali marittime tramite gara non solo garantisce il rispetto del diritto europeo e l'attuazione del principio di imparzialità amministrativa, ma assicura, altresì, una gestione delle coste italiane efficiente ed economicamente sostenibile per lo Stato, in ossequio al principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost..

L'indizione di procedure competitive per il conferimento del diritto d'uso esclusivo, ai fini imprenditoriali, delle spiagge consente, infatti, la piena valorizzazione delle zone litoranee del Paese che, per definizione, costituiscono spazi limitati e suscettibili di sfruttamento da parte di un numero selezionato di operatori e che - come riconosciuto anche dall'art. 1, comma 675, della legge n. 145/2018 - rappresentano un settore strategico per l'economia nazionale.

E', del resto, evidente che i concessionari, beneficiari di lunghe e ripetute proroghe *ex lege*, sono scarsamente incentivati a innovare e migliorare le condizioni di fruibilità del patrimonio costiero avuto in affidamento, a differenza di coloro che, essendo interessati a fare il loro ingresso nello specifico mercato delle imprese balneari, mirano ad ottenere l'assegnazione di arenili, mediante il confronto competitivo. Per tali ragioni, la selezione dei concessionari attraverso procedure aperte e trasparenti risulta senza dubbio il metodo più efficace per individuare l'operatore economico che, ai sensi dell'art. 37 cod. nav., offre maggiori garanzie di proficua gestione del bene demaniale marittimo.

D'altro canto, in un settore ad elevata valenza ambientale e paesaggistica, come

quello in esame, la gara assurge a strumento regolativo e conformativo polivalente, utile (tra l'altro) per realizzare un corretto bilanciamento tra le esigenze di efficiente sfruttamento e massimizzazione del profitto e le istanze di sostenibilità e conservazione della risorsa naturale utilizzata. Sotto questo profilo, le procedure comparative assumono, quindi, una importante funzione di indirizzo e di attuazione nell'ambito delle politiche gestionali attive riguardanti il patrimonio costiero^[59].

Tenuto conto dei suindicati risvolti che l'applicazione delle regole concorrenziali ha in *subiecta materia*, appare, innanzitutto, necessario che la nuova normativa di riordino del comparto marittimo subordini il rilascio delle concessioni demaniali alla presentazione, da parte degli aspiranti affidatari del bene pubblico, di specifici programmi di valorizzazione ed investimento (puntualmente definiti in sede di gara, in base alle prescrizioni date dall'amministrazione aggiudicatrice e aperti, altresì, al confronto competitivo tra i contendenti) che assicurino l'armonizzazione delle logiche imprenditoriali con quelle di tutela e protezione del tratto litoraneo concesso in uso^[60].

L'attesa riforma organica del settore non solo deve essere improntata alla massima contendibilità dei diritti di sfruttamento, ma deve anche prevedere una integrale revisione dei criteri per la determinazione dei canoni concessori: quest'ultimo intervento normativo appare, invero, un presupposto essenziale per la realizzazione di un regime effettivamente concorrenziale tra le imprese balneari ed è ormai non più differibile. Detti canoni - attualmente stabiliti per macro-classi di litorali e con metodo tabellare - sono, infatti, generalmente molto bassi e non corrispondenti all'effettivo valore economico dell'attività imprenditoriale esercitata sul suolo demaniale. Basti pensare che, nel 2019, su un totale di 29.689 concessioni demaniali marittime (aventi qualunque finalità), ben 21.581 erano soggette ad un canone annuo inferiore a euro 2.500. Sempre nel 2019, l'ammontare complessivo dei canoni concessori riscossi è stato pari a 115 milioni di euro^[61].

I succitati risultati economico-gestionali, così deludenti e penalizzanti per lo Stato proprietario, sono, in larga misura, dovuti a una disciplina legislativa anacronistica e del tutto inadeguata a tutelare gli interessi finanziari della predetta parte pubblica: la normativa vigente - dettata dall'art. 3 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 (convertito con la legge 4 dicembre 1993, n. 494), come modificato dall'art.

1, comma 251, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 - prescrive, in particolare, che la remunerazione, spettante all'ente concedente, per l'affidamento in uso esclusivo del bene demaniale marittimo è stabilita tenendo conto della tipologia della fascia litoranea interessata e della sua classificazione come area costiera ad "alta valenza turistica" o come area costiera a "normale valenza turistica". L'importo così definito è poi sottoposto a rivalutazione annua (corrispondente alla media tra l'indice ISTAT del costo della vita e l'indice ISTAT dei prezzi del mercato all'ingrosso). Il metodo di calcolo ora descritto comporta, dunque, che i canoni concessori - spesso determinati molti anni fa, all'atto del rilascio dell'originaria concessione, poi prorogata *ex lege* più volte - sono semplicemente adattati all'inflazione di anno in anno.

Un simile sistema di calcolo - come si è detto - non garantisce la conformità dell'importo applicato alle reali potenzialità di sfruttamento offerte dalla porzione di arenile data in gestione ed è causa di un evidente danno per le finanze pubbliche^[62]. Al fine di evitare ulteriori, gravi pregiudizi per l'interesse generale, è indispensabile introdurre nella specifica materia ora considerata il principio di corrispettività, in modo che sia assicurata la piena aderenza del canone dovuto all'amministrazione concedente alla redditività dell'attività imprenditoriale svolta sul bene pubblico^[63].

Per ottenere tale risultato - come ha giustamente rilevato l'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato nella già richiamata segnalazione contenente "*Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*" - è necessario prevedere che la misura del canone formi oggetto della procedura competitiva per la selezione dei nuovi concessionari.

1. In tal senso E. BOSCOLO, Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime, in Urb. app., 2016, 11, 1217 ss.. Per eventuali approfondimenti sui connotati e sulle finalità del demanio marittimo si rinvia a M.S. GIANNINI, I beni pubblici, Roma, 1963, spec. 55 ss.; G. GUICCIARDI, Il demanio, Padova, 1934 (rist. 1989), passim; A. QUERCI, Demanio marittimo, in Enc. dir., XII, Milano, 1964, 92 ss.; F. BENVENUTI, Demanio marittimo tra passato e futuro, in Riv. dir. navig., 1965, 154, ss. (e ora in Scritti giuridici, III, Milano, 2006, 2397 ss.). Più di recente si veda M.L. CORBINO, Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali, Milano 1990, passim; V. CERULLI IRELLI, I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento, in Econ. pubbl., 1990,

CERIDAP

- 523 ss.; B. TONOLETTI, Beni pubblici e concessioni, Padova, 2008, passim, spec. 48 ss.; C. CACCIAVILLANI, Profili funzionali del demanio marittimo, in G. COLOMBINI (a cura di), I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali, Napoli, 2009, 75 ss.; L. ANCIS, Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo, in *Dir. trasp.*, 2006, 157.
2. Sul diritto di insistenza, previsto dall'art. 37, cod. nav., si rimanda a S. CASSESE, Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 355; L.R. PERFETTI, "Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro amm.*, C.d.S., 2003, 621 ss.; C. CALLERI, Diritto di insistenza e interpretazione dell'art. 37 cod. nav., in *Dir. Trasp.*, 2008, 467 ss.
 3. Per un esame della giurisprudenza formatasi in materia si veda C. ANGELONE- S. SILINGARDI, Il demanio marittimo. Rassegna sistematica di giurisprudenza, Milano, 1999, passim. In dottrina, riguardo alla questione relativa alla compatibilità della disciplina interna delle concessioni balneari con l'ordinamento comunitario, si rinvia a F. DI LASCIO, Concessione di demanio marittimo e tutela della concorrenza, in *Foro amm.*, T.a.r., 2009, 787 ss.; M. DE BENEDETTO, Imprese costiere, mercato delle concessioni e libera concorrenza, in N. GRECO (a cura di), *Le risorse del mare e delle coste. Ordinamento, amministrazione e gestione integrata*, Roma, 2010, 399 ss.; N. RAGONE, Uso imprenditoriale del demanio marittimo e tutela della concorrenza, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011, 109 ss.; M. D'ORSOGNA, Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto, in *Urb. app.*, 2011, 599 ss.; A. MONICA, Le concessioni demaniali in fuga dalla concorrenza, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 438 ss..
 4. Cfr. Corte Cost., 20 marzo 2010, n. 180, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 3, I, 699; Corte Cost., 1 luglio 2010, n. 233, in *Foro it.*, 2011, 2, I, 327; Corte Cost., 26 novembre 2010, n. 340, in *Giur. cost.*, 2010, 6, 4827; Corte Cost. 18 luglio 2011, n. 213, in *Dir. maritt.*, 2011, 3, 836; Corte Cost., 24 febbraio 2017, n. 40, in *Giur. Cost.*, 2017, 1, 358; Corte Cost., 5 dicembre 2018, n. 221, *ivi*, 2018, 6, 2547.
 5. Così Corte Cost., 4 luglio 2013, n. 171, in *Giur. Cost.*, 2013, 4, 2536.
 6. Sulle prospettive e proposte di riforma del settore si veda E. REVIGLIO, Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà, in *Pol. dir.*, 2008, 531 ss.; M. RENNA, Le prospettive di riforma delle norme del codice civile su beni pubblici, in *Dir. econ.*, 2009, 11.
 7. Paradossalmente, l'abrogazione del diritto di insistenza, accompagnata dalla previsione di un regime provvisorio di proroghe ex lege in favore delle concessioni in vigore, ha, di fatto, consolidato e rafforzato il sistema nazionale censurato dalle Istituzioni e dalla giurisprudenza comunitarie, il quale, da sempre, predilige la stabilità delle assegnazioni relative ai beni demaniali marittimi: in tal senso E. BOSCOLO, *ult. op. cit.*, 1226-1227
 8. La norma europea ora citata - recepita in Italia con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 - nei primi due commi, così recita: " 1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una

determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e prevede, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.

2. Nei casi di cui al paragrafo 1, l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami". La stessa direttiva 2006/123/CE, al considerando n. 62, prescrive, inoltre, che "Nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche è opportuno prevedere una procedura di selezione tra diversi candidati potenziali, al fine di sviluppare, tramite la libera concorrenza, la qualità e le condizioni di offerta di servizi a disposizione degli utenti. Tale procedura dovrebbe offrire garanzie di trasparenza e di imparzialità e l'autorizzazione così rilasciata non dovrebbe avere una durata eccessiva, non dovrebbe potere essere rinnovata automaticamente o offrire vantaggi al prestatore uscente. In particolare la durata dell'autorizzazione concessa dovrebbe essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti."

9. L'articolo del Trattato di funzionamento dell'Unione europea ora richiamato nel testo dispone che "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".
10. In particolare la questione è stata rimessa alla Corte di Giustizia Ue dal Tribunale amministrativo regionale della Lombardia (sede di Brescia), in riferimento ad un ricorso presentato da un operatore economico avverso un provvedimento di rinnovo di una concessione demaniale lacuale, e dal Tribunale amministrativo della Sardegna, in relazione ad un ricorso proposto avverso gli atti di indizione di una procedura comparativa per la nuova assegnazione di una concessione demaniale marittima.
11. Che si può leggere in Urb. app., 2016, 11, 1211, con commento di E. BOSCOLO, Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime, cit..
12. Così si legge nella sentenza della Corte di Giustizia citata nella nota precedente; al riguardo si rimanda al commento di L. DI GIOVANNI, Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2016, 3-4, 912 ss..
13. Sul punto rileva opportunamente E. BOSCOLO, ult. op. cit., 1225, che la condizione di scarsità dei beni demaniali marittimi "deriva non solo dalla morfologia delle coste ma

- anche dal riconoscimento di insuperabili limiti ambientali che si traducono in previsioni limitative sancite dai piani degli utilizzi redatti tenendo in adeguata considerazione i diversi interessi che si concentrano sulla costa e preceduti da valutazione ambientale strategica”.
14. Sulla nozione di “interesse transfrontaliero certo” si veda, tra le altre, Corte di Giustizia Ue, 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, in Foro amm., C.d.S., 2008, I, 135; Corte di Giustizia Ue, 17 luglio 2008, causa C-347/06, ivi, 2008, 7-8, 1963.
 15. Giova ricordare che, anche prima della sentenza qui riferita, la Corte di Giustizia Ue aveva avuto modo di chiarire che, nel caso - come quello in esame - in cui il provvedimento concessorio presenti un interesse transfrontaliero certo (valutato sulla base di una serie di criteri, quali la rilevanza economica, il luogo di esecuzione, le caratteristiche tecniche), la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad una impresa con sede nello stesso Stato membro in cui ha sede l’Amministrazione aggiudicatrice configura un’ipotesi di disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un diverso Stato membro: in tal senso si è espressa, ad esempio, Corte di Giustizia Ue, 14 novembre 2013, causa C-221/12, in Foro amm., C.d.S., 2013, 11, 2931.
 16. Così Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2019, n. 1707, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, in Foro it., 2020, III, 65; Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 1435, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 1435, ivi; T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 28 luglio 2017, n. 1329, in Riv. giur. edilizia, 2017, 5, I, 1178; T.a.r. Sardegna, Sez. I, 15 febbraio 2018, n. 128, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2012, n. 616, in Riv. giur. edilizia, 2012, 1, I, 240; T.a.r. Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Toscana, Sez. III, 15 febbraio 2018, n. 380, ivi; T.a.r. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, ivi; T.a.r. Toscana, Sez. III, ord. 24 marzo 2021, n. 163, in www.giustamm.it. Sulla stessa linea interpretativa è attestata la Cassazione penale: si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2019, n. 25993, in Riv. giur. edilizia, 2019, 5, I, 1409; Cass. pen., Sez. III, 9 gennaio 2014, n. 7267, in www.cortedicassazione.it; Cass. pen., Sez. III, 16 marzo 2018, n. 21281, in Cass. pen., 2019, 3, 1266. Si rammenta, infine, che anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di confermare di recente, il suo consolidato orientamento - già ricordato nelle precedenti note 4 e 5 - propenso ad escludere la legittimità costituzionale delle leggi che prevedono proroghe o rinnovi automatici delle concessioni demaniali rilasciate, per contrasto con gli artt. 3 e 117, commi 1 e 2, lett. a) ed e), Cost.: sul punto si rinvia a Corte Cost., 29 gennaio 2021, n. 10, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 9 gennaio 2019, n. 1, in Foro it., 2019, 3 I, 761.
 17. Sul punto si rinvia alla giurisprudenza amministrativa citata nella nota precedente.
 18. Al riguardo si rimanda ancora alla giurisprudenza riportata nella nota 16.
 19. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 1435, cit.; T.a.r. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, cit..
 20. Come la giurisprudenza eurounitaria (si rinvia sul punto al precedente paragrafo), anche la giurisprudenza interna è concorde nell’escludere la riconducibilità delle concessioni

- demaniali marittime alla categoria delle concessioni di servizi, disciplinate dalla direttive appalti, posto che esse non hanno ad oggetto la gestione di un servizio, spettante all'amministrazione concedente e delegata da questa all'impresa concessionaria: così, ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2019, n. 1707, cit.; T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2012, n. 616, cit..
21. Così, tra le altre, T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2012, n. 616, cit.; T.a.r. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, cit..
 22. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 1435 cit.; T.a.r. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, cit.; T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II, 15 gennaio 2021, n. 616, cit.; T.a.r. Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265, cit..
 23. Si rinvia alla giurisprudenza della Suprema Corte riportata alla nota 16.
 24. In tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2020, n. 1435, cit..
 25. Giova rammentare che, di recente, il T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 7 giugno 2021, n. 881, in www.lexitalia.it, ha rilevato che “E’ inammissibile un ricorso giurisdizionale, proposto da un imprenditore operante nel settore, tendente ad ottenere l’annullamento in s.g. del provvedimento con il quale un Comune, in applicazione dell’art. 1, commi 682 e 683, della L. 145/2018, ha disposto la proroga automatica sino al 31 dicembre 2033, di una concessione demaniale marittima; infatti, mentre l’atto con cui un Dirigente comunale esprime un diniego in ordine alla suddetta proroga ex lege ha evidente natura provvedimentale, in quanto espressione di volontà negoziale volta ad impedire l’effetto proroga normativamente previsto, incidendo in tal modo sull’assetto degli interessi, l’atto con cui il Comune abbia recepito la suddetta proroga, disposta direttamente dalla legge, in via automatica, non ha natura di provvedimento, poiché privo di contenuto volontaristico o negoziale, trattandosi di mero atto ricognitivo e di presa d’atto della proroga disposta in via automatica direttamente dalla legge. In quanto tale, l’atto impugnato non risulta di per sé lesivo, in quanto la lesione si riconnette, appunto, direttamente alla norma di legge di cui all’art. 1, commi 682 e 683, della legge citata”.
 26. In particolare il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella già menzionata decisione 18 novembre 2019, n. 7874, ha osservato che “Le disposizioni legislative che prevedono in via generalizzata proroghe e rinnovi automatici di concessioni demaniali marittime violano i principi del diritto comunitario su libertà di stabilimento e tutela della concorrenza e pertanto non possono essere applicate né dal giudice, né dall’amministrazione”. Del medesimo avviso è anche T.a.r. Campania, Salerno, Sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265, cit..
 27. In argomento C. ANGELONE, *Le nuove funzioni del comune sul demanio marittimo e nel mare territoriale: modalità di esercizio e profili applicativi*, in AA.VV., *La gestione del demanio marittimo. Dallo Stato, alle Regioni, ai Comuni*, Milano 2002, 21 ss.; M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. maritt.*, 2004, 2, 365 ss.; Id., *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie territoriali e titolarità del bene e titolarità delle funzioni*, in *Foro amm.*, C.d.S., 2006, 9, 2423 ss..
 28. Così T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 27 novembre 2020, n. 1321, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, 1,

CERIDAP

- I, 268; nel medesimo senso Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7258, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, sentenze nn. 71 e 72, pronunciate entrambe il 15 gennaio 2021, in www.giustizia-amministrativa.it.
29. La rimessione è stata effettuata dal Presidente del Consiglio di Stato, con decreto presidenziale 24 maggio 2021, n. 160, in www.giustamm.it.
 30. Sulla segnalazione dell'Antitrust ora richiamata si vedano le osservazioni di P. QUINTO, Note a margine della recente segnalazione dell'Antitrust, in www.lexitalia.it.
 31. Nella segnalazione dell'AGCM si fa esplicito riferimento alla sentenza del T.a.r. Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, cit..
 32. Nella segnalazione dell'Antitrust in esame è richiamata, in particolare, la già ricordata sentenza della Corte di Giustizia, Sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/2014 e C-67/15.
 33. Nello specifico l'AGCM ha impugnato una determinazione di proroga assunta del Comune di Piombino; il ricorso proposto dall'Antitrust è stato accolto dal T.a.r. Toscana con la già menzionata decisione 8 marzo 2021, n. 363; tale decisione è espressamente citata dalla medesima Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella segnalazione al Presidente del Consiglio dei Ministri pocanzi riferita.
 34. Che si può leggere su sito istituzionale della Commissione Ue www.ec.europa.eu. Per approfondimenti al riguardo si rinvia a G. MARCHEGANI, La proroga al 2033 delle concessioni balneari nell'ottica della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione europea, in *Urb. app.*, 2021, 1, 153 ss..
 35. In dottrina c'è chi ha criticato la decisione della Commissione Ue di avviare una nuova procedura di infrazione nei confronti dell'Italia e le motivazioni da essa adottate (desunte principalmente - come si è ricordato - dalla sentenza della Corte di Giustizia Ue, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e 67/15, cit.). In particolare G. MARCHEGANI, *ult. op. cit.*, 156-160, sottolinea che l'ultima iniziativa della Commissione muove dall'assunto che la gestione, a fini economici, del litorale italiano rivesta, sempre e comunque, un "interesse transfrontaliero certo", ai sensi della direttiva servizi; tuttavia, tale presupposto fondamentale per l'applicabilità della disciplina sovranazionale - osserva l'Autore - non può essere considerato in re ipsa, ma deve essere dimostrato, sulla base di circostanze oggettive certe, con riferimento al singolo caso preso a riferimento. Si rileva, inoltre, che "la facoltà di concedere il diritto di occupare ed utilizzare zone del demanio marittimo al fine di avviare un'attività economica rientra nel potere delle pubbliche autorità degli Stati membri di disporre di beni appartenenti al proprio regime di proprietà. In questo senso, anche le concessioni demaniali marittime devono essere considerate come un'espressione dei poteri insiti nei regimi di proprietà degli Stati membri. Quando uno Stato membro concede il diritto di occupare ed utilizzare zone del demanio marittimo ciò avviene nell'esercizio di una facoltà che gli compete in quanto proprietario di tali aree. Il pensiero va quindi all'art. 345 TFUE ed ai principi che la Corte di giustizia ha richiamato nella sua interpretazione di tale articolo"(così si legge in *ult. op. cit.*, 159). Per le suesposte ragioni, si ritiene che "un obbligo assoluto ed incondizionato a carico delle autorità pubbliche di

attuare in ogni caso (e cioè anche in assenza di un interesse transfrontaliero certo) una procedura di aggiudicazione del loro patrimonio immobiliare nei termini imposti dalla “Direttiva servizi” rappresenterebbe una chiara limitazione al regime di proprietà di singoli Stati membri”, non consentita dal citato art. 345 TFUE, in virtù del quale “I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri” (ibidem).

36. Si ricorda che il d.l. 18 aprile 2012, n. 179, ha assimilato le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, per attività turistico-ricreative, ai fini della proroga della loro scadenza.
37. Si veda, *ex multis*, Corte Cost., 27 gennaio 2017, n. 29, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 1, I, 78; Cass. civ., Sez. Un., 13 febbraio 1997, n. 1324, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 236; Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 1980, n. 1369, in *Riv. giur. edilizia*, 1981, I, 3; Cass. civ., Sez. I, 4 maggio 1998, n. 4402, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 917; Cass. civ., Sez. II, 22 maggio 2000, n. 6656, *ivi*, 2000, 1084; Cass. civ., Sez. II, 24 gennaio 2003, n. 1134, *ivi*, 2003, 189; Cass. civ., Sez. trib., 4 dicembre 2019, n. 31585, in www.cortedicassazione.it; Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3307, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3308, *ivi*; Cons. Stato, Sez. VI, 10 giugno 2013, n. 3196, in *Foro amm., C.d.S.*, 2013, 6, 1682; Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2014, n. 3761, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6043, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, 5, I, 1348; T.a.r. Toscana, Sez. III, 27 febbraio 2015, n. 328, in www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Toscana, Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 225, in *Foro amm.*, 2016, 2, 405; T.a.r. Toscana, Sez. III, 6 luglio 2016, n. 1150, *ivi*, 2016, 7-8, 1903; T.a.r. Toscana, Sez. II, 20 febbraio 2020, n. 220, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 3, I, 590; Comm. trib. reg., Ancona, Sez. 7, 4 giugno 2003, n. 38, in www.diritto.it; Comm. trib. reg., Ancona, Sez. 2, 15 aprile 2004, n. 24, *ivi*.
38. Sul punto si rinvia alla giurisprudenza indicata nella nota precedente, In particolare la Corte Costituzionale, nella già evocata sentenza 27 gennaio 2017, n. 29, ha osservato che *“La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha riconosciuto che ‘non tutti i manufatti insistenti su aree demaniali partecipano della natura pubblica - e dell’inerente qualificazione demaniale - della titolarità del sedime, poiché solo ad alcuni, nella stessa dizione della legge, appartiene la natura pertinenziale. Per gli altri (che la legge indica come impianti di difficile o non difficile rimozione: definizione che appare inadatta a stabilire una differenza di categoria, dato che anche gli impianti pertinenziali sono o possono essere, di per sé, rimovibili con facilità o con difficoltà) si deve allora riconoscere, per esclusione, la qualificazione di cose immobili di proprietà privata fino a tutta la durata della concessione, evidentemente in forza di un implicito diritto di superficie”*. In tal senso si veda pure Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2014, n. 3761, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6043, cit.. Con specifico riferimento alle concessioni demaniali marittime, la Corte di Cassazione, Sez. trib., nella già menzionata sentenza 4 dicembre 2019, n. 31585, ha avuto modo di sottolineare che *“...in caso di stabilimento balneare che incide su area demaniale si deve distinguere fra la concessione della mera disponibilità*

dell'area da quella che comporta (come dedotto nel caso di specie) la collocazione di opere stabili. In questo secondo caso la posizione del concessionario è assimilabile ad un diritto di proprietà, con conseguente applicazione dell'ICI. Si veda in proposito la sentenza 1718 del 26 gennaio 2007, secondo cui il diritto del concessionario di uno stabilimento balneare, il quale abbia ottenuto, nell'ambito della concessione demaniale, anche il riconoscimento della facoltà di edificare e mantenere sulla spiaggia una costruzione, più o meno stabile, e consistente in vere e proprie strutture edilizie o assimilate (sale, ristoranti, locali d'intrattenimento o da ballo, caffè, spogliatoi muniti di servizi igienici e docce, etc.) integra una vera e propria proprietà superficiale, sia pure avente natura temporanea e soggetta ad una peculiare regolazione in ordine al momento della sua modificazione, cessazione o estinzione”.

39. Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 luglio 2014, n. 3761, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6043, cit.. In particolare le concessioni demaniali marittime, per uso turistico-ricreativo (cui sono equiparate *ex lege* le concessioni lacuali e fluviali con le medesime finalità), tipizzate dall'art. 1, del già citato d.l. n. 400/1993, convertito dalla legge n. 494/1993, costituiscono un esempio paradigmatico di concessione su bene pubblico, in quanto, con esse, è attribuita ad un operatore economico la facoltà di sfruttare, in via esclusiva, un tratto di litorale, allo scopo di realizzare uno stabilimento balneare e altre strutture accessorie e similari, funzionali alla più confortevole fruizione dell'arenile da parte degli utenti. Al riguardo ha opportunamente sottolineato M.S. GIANNINI, *ult. op. cit.*, 114, che, sebbene l'installazione di uno stabilimento balneare non sia essenziale per la funzionalità e fruibilità della spiaggia, essendo “*solo una comodità per i bagnanti*” e non costituendo “*la sostanza del godimento collettivo*” del bene marittimo, la sua realizzazione risponde comunque ad un interesse pubblico rilevante, in quanto rende meglio attrezzato il tratto di arenile per uno dei possibili usi dello stesso. Per ulteriori approfondimenti in merito alle caratteristiche ontologiche e funzionali della concessione demaniale in esame si rinvia alla dottrina menzionata nella precedente nota 1.
40. Nella già citata decisione 15 aprile 2004, n. 24, la Commissione tributaria regionale di Ancona, Sez. II, ha giustamente rilevato che la “*accennata qualificazione come diritto di superficie del diritto del concessionario di aree del demanio marittimo sulle costruzioni dal medesimo realizzate trova ulteriore giustificazione normativa nella stessa previsione dell'art. 1 del Cod. Nav., il quale prevede espressamente che, in presenza di lacune rinvenibili nello stesso Codice, operano in materia le norme del Codice civile e da ciò, quindi, la possibilità di valorizzare la relativa disciplina in tema di diritto di superficie, in mancanza di specifiche disposizioni normative preordinate a qualificare le facoltà giuridiche del concessionario sulle costruzioni realizzate sul suolo demaniale marittimo*”.
41. Sul punto si rimanda alle pronunce riportate nelle tre note precedenti.
42. Per approfondimenti sul punto si rinvia al prossimo paragrafo.
43. In tal senso Cass. civ., Sez. Un., 13 febbraio 1997, n. 1324, cit.; Cass. civ., Sez. I, 27 febbraio 1980, n. 1369, cit.; Cass. civ., Sez. I, 4 maggio 1998, n. 4402, cit..
44. Si veda, tra le altre, Corte Cost. 7 luglio 2017, n. 157, in *Foro it.*, 2017, 10, I, 2923; Corte

Cost. 23 ottobre 2020, n. 222, in *Giur. cost.*, 2020, 5, 2466. In tali giudizi è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in relazione a due leggi regionali (nel primo caso, una legge della Regione Toscana, nel secondo caso una legge della Regione Veneto) che prevedevano il pagamento di un indennizzo in favore del gestore uscente, quale condizione per l'aggiudicazione della concessione al subentrante, a pena di esclusione (in particolare la legge della Regione Veneto impugnata stabiliva l'ammontare dell'indennizzo nella misura pari al novanta per cento del valore dell'azienda gestita dal concessionario uscente). In entrambe le pronunce, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme regionali sottoposte al suo scrutinio - oltre che per le ragioni che saranno illustrate nel presente paragrafo - perché ha ritenuto che la disciplina contenuta in dette norme riguardava materie rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, Cost.. In particolare, il Giudice delle leggi ha rilevato che la previsione di un indennizzo a favore del concessionario incide, per un verso, sulla materia della "tutela della concorrenza" e, per l'altro, sulla materia dell'"ordinamento civile". Per ulteriori approfondimenti sulle sentenze ora richiamate si rinvia a M. CONTICELLI, *Effetti e paradossi del legislatore statale nel conformare la disciplina delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative al diritto europeo della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 2020, 5, 2475 ss..

45. Per le ragioni ora segnalate, la Corte Costituzionale - nelle già ricordate sentenze 7 luglio 2017, n. 154, e 23 ottobre 2020, n. 222 - ha affermato l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali sottoposte al suo vaglio, (anche) per violazione dell'art. 117, 2 comma, lett. l), Cost. (nello specifico, ha ravvisato la violazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di "ordinamento civile"). Sotto questo profilo, la Consulta ha osservato, tra l'altro, che l'imposizione di un indennizzo a carico del nuovo gestore influisce sul principio civilistico che vieta arricchimenti ingiustificati.
46. L'art. 49 cod. nav. "*richiama in pratica l'istituto dell'accessione, di cui all'art. 934 cod. civ. (con deroga al principio dell'indennizzo, di cui al successivo art. 936)*"; per tali ragioni, la norma in questione costituisce una "*disposizione eccezionale e di stretta interpretazione*": così si è espresso il Consiglio di Stato, Sez. V, nella sentenza 1 febbraio 2013, n. 626, in *Foro amm.*, C.d.S., 2013, 2, 491. Al riguardo si veda pure Cass. civ., Sez. III, 24 marzo 2004, n. 5842, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 3; Cass. civ., Sez. I, 5 maggio 1998, n. 4504, *ivi*, 1998, 931.
47. Così ha rilevato il Consiglio di Stato nella sentenza riportata nella nota precedente.
48. Ha giustamente osservato il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella sentenza 1 febbraio 2013, n. 626, cit., che il principio dell'accessione gratuita, previsto dall'art. 49 cod. nav., è "*fortemente penalizzante per il diritto dei superficiari e per gli investimenti, che potrebbero contribuire alla valorizzazione del demanio marittimo*".
49. Cfr., *ex multis*, Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 23 settembre 1982, n. 52, in *Dir. dell'Uomo e libertà fondam.*, 2006, 1, 476; Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. Grande Chambre, 22 giugno 2004, n. 31443, *ivi*, 2007, 3, 793; Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. Grande Chambre, 29 marzo 2006, n. 6735, *ivi*, 2007, 3, 1245.
50. Sul punto si rinvia alle sentenze richiamate nella nota precedente.

51. Giova rammentare che i principi e le norme stabilite dalla CEDU e della Carta di Nizza e ora riferite sono espressamente richiamate nelle premesse della direttiva Bolkestein: il considerando n. 15, ivi contenuto, chiarisce, infatti, che “*La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali applicabili negli Stati membri quali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e nelle relative spiegazioni, armonizzandoli con le libertà fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del trattato.*”
52. Così, tra le altre, Corte di Giustizia Ue, 13 luglio 1989, n. 110, in *Foro it.*, 1989, IV, 405; Corte europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, 23 settembre 2014, n. 46154, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 6, 2036. In quest’ultima pronuncia si afferma in particolare, che “*Sussiste la violazione del diritto al rispetto dei diritti privati, sancito dall’art. 1 del Protocollo n. 1, Cedu, laddove la decisione di sottoporre un immobile al demanio marittimo, seppur legittimamente adottata nell’interesse pubblico dell’autorità competente, non prenda in alcuna considerazione l’affidamento legittimo del privato che, credendosi proprietario in base ad atto notarile, abbia ivi concentrato per lungo tempo la propria attività economica....., senza vedersi corrisposto alcuna indennità per il pregiudizio subito...*”. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a R. RIGHI, *Sulla necessità di abrogare l’art. 49 Cod. Nav. per risolvere la questione balneare italiana*, in www.giustamm.it.
53. Si veda, *ex multis*, Corte di Giustizia Ue, Sez. III, 22 gennaio 2015, causa C-463/13, in www.federalismi.it.
54. Si tratta dell’art. 1, comma 78, punto 26), della legge 31 dicembre 2010, n. 220 (c.d. Legge di stabilità 2011).
55. Così ha statuito la Corte di Giustizia Ue, Sez. III, nella sentenza 28 gennaio 2016, causa C-375/14, in *Guida al dir.*, 2016, 9, 104, in riferimento ad una concessione per la raccolta di scommesse, rilasciata dall’Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato.
56. Si rinvia alle sentenze riportate nella precedente nota 44.
57. Cfr. T.a.r. Veneto, Venezia, Sez. I, ord. 27 maggio 2019, n. 651, in www.giustizia-amministrativa.it.
58. In argomento si veda, tra le altre, Cass. civ., Sez. Un., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Foro it.*, 2009, 12, I, 3413; Cass. civ., Sez. II, 11 marzo 2021, n. 6827, in *Giust. civ. mass.*, 2921, 231; Cass. civ., Sez. I, 3 novembre 2020, n. 24319, in *Guida al dir.*, 2020, 50, 92; Cass. civ., Sez. I, 29 maggio 2019, n. 1470, in www.cortedicassazione.it.
59. In tal senso, E. BOSCOLO, *ult. op. cit.*, 1225.
60. Rileva, in particolare, E. BOSCOLO, *ult. op. cit.*, 1225, che «*i progetti di sfruttamento sintetizzati nei documenti dell’offerta devono garantire l’infrastrutturazione della spiaggia per il massimo soddisfacimento delle aspettative sempre più diversificate ed esigenti dell’utenza e, nel contempo, devono assicurare il contenimento delle esternalità ambientali e del disturbo al paesaggio. Nel contempo, la procedura aperta costituisce anche lo strumento per costringere gli aspiranti a rivelare le rispettive disponibilità a pagare e, quindi, ad offrire un canone direttamente correlato alla redditività del rispettivo progetto di sfruttamento*».
61. I dati statistici ora riferiti sono tratti dalla già menzionata segnalazione dell’Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato, contenente «*Proposte di riforma concorrenziale,*

ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021» che detta l'Autorità ha inviato al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/1990.

62. Condivisibilmente osserva E. BOSCOLO, in *ult. op. cit.*, 1226, che l'attuale disciplina normativa dei canoni relativi alle concessioni demaniali marittime, per finalità turistico ricreative, consente ai concessionari *«di internalizzare i guadagni derivanti dallo sfruttamento del bene pubblico esternalizzando tutti i costi ambientali e di sottrazione della risorsa in danno dell'ambiente e delle comunità rivierasche»*.
63. Rileva giustamente M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTA' (a cura di), *Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, 286, che *«il valore della concessione va...commisurato al rilievo economico e giuridico dell'attività imprenditoriale svolta dal concessionario, nonché dei diritti e dei poteri ad esso conferiti, più che all'entità dei beni sui quali la concessione si esercita. Questa, però, non è la via seguita nel nostro sistema e vi sono molte disfunzioni nella disciplina delle concessioni»*. Anche F. DI LASCIO, *ult. op. cit.*, 782, sottolinea che la misura del canone concessorio *«deve essere proporzionata al beneficio economico che il privato trae dallo sfruttamento del bene pubblico e all'effettiva utilità che lo stesso produce»*. In argomento si veda pure P. D'AMELIO, *Determinazione dei canoni demaniali: la correttezza garanzia di una corretta utilizzazione del bene pubblico*, in www.diritto.it; A. CLARONI, *Incidenza della proprietà dei beni del demanio marittimo sulla determinazione e riscossione dei relativi canoni di concessione*, in *Dir. trasp.*, 2005, 610 ss..

L'inattuazione dei principi di “autocertificazione” e “decertificazione” tra digitalizzazione ed emergenza

Anna Giurickovic Dato

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-1

L'autocertificazione è uno dei principali strumenti finalizzati alla semplificazione amministrativa e, in particolare, alla sburocratizzazione del rapporto tra Pubblica Amministrazione e cittadini, in quanto finalizzata alla riduzione degli oneri a carico dei cittadini. La materia, che negli anni è stata oggetto di numerose modifiche legislative, in Italia è stata, di recente, profondamente innovata dalle misure adottate a seguito della situazione di emergenza causata dal Coronavirus, che hanno esteso l'ambito di applicazione del principio anche ai rapporti tra privati. Nonostante i numerosi cambiamenti normativi, tuttavia, la potenziale semplificazione che dovrebbe derivare dall'autocertificazione è ancora fortemente limitata in Italia. Si vedrà quindi come l'autocertificazione – strumento nato per alleggerire l'onere burocratico sui cittadini – invece di rappresentare l'equilibrio tra garanzia, controllo e semplificazione, in alcuni casi abbia prodotto nuovi e pesanti oneri burocratici a danno dei privati, deviando totalmente dallo scopo per il quale l'istituto stesso sarebbe destinato.

The implementation of the principles of "self-certification" and "decertification" between digitalization and emergency

Self-certification is one of the main tools aimed at administrative simplification and, in particular, at de-bureaucratization of the relationship between the Public Administration and citizens, as it is aimed at reducing the burdens on citizens. Self-certification, which over the years has been the subject of many legislative changes, in Italy has recently been profoundly innovated by the measures adopted following the emergency situation caused by the Coronavirus, which have also extended the scope of application of the principle to relations between private individuals. Despite the many regulatory changes, however, the potential simplification that should result from self-

certification is still severely limited in Italy. It will therefore be seen how self-certification – a tool created to relieve the bureaucratic burden on citizens – instead of representing the balance between guarantee, control and simplification, in some case produced new and heavy bureaucratic burdens to the detriment of private individuals, thus totally deviating from the purpose for which the institute itself should be intended.

1. Premessa

I principi di autocertificazione e di decertificazione rappresentano due tra i principali strumenti finalizzati a produrre un alleggerimento degli oneri che gravano sui cittadini, semplificando il rapporto tra questi e le Amministrazioni pubbliche. Semplificazione e sburocratizzazione sono state al centro delle agende politiche dei governi che si sono avvicendati negli ultimi decenni, al punto che si parla della cosiddetta “età delle riforme amministrative”, “età” che, tuttavia, non ha raggiunto i risultati sperati e sembra prolungarsi a oltranza. Appare necessario, pertanto, evidenziare le specifiche criticità che ostacolano la piena efficacia degli istituti di autocertificazione e decertificazione, valutando la qualità giuridica delle norme da cui sono regolati e il loro stato di attuazione. L’inadeguatezza di tali istituti nel far fronte alle esigenze reali e nel raggiungimento dei fini preposti può dipendere da norme inappropriate o – come si ipotizza in questa analisi – dalla mancata attuazione di norme tutto sommato di buona qualità. Tale circostanza, infatti, sembra provocare una sorta di “eterogenesi dei fini”, conferendo una portata paradossalmente complicante alla finalità semplificatoria per cui originariamente tali strumenti giuridici sono stati concepiti. Ne deriva che istituti volti, come si è detto, all’alleggerimento di oneri burocratici divengano essi stessi ulteriori oneri burocratici a carico di cittadini e imprese. E se, come si crede, gli oneri burocratici equivalgono a oneri economici^[1], obiettivo cruciale del diritto amministrativo – tanto più nelle attuali condizioni di crisi aggravate dall’emergenza sanitaria - è quello di rimuoverli, nella prospettiva che l’Amministrazione non rappresenti un ostacolo all’attività economica dei privati, ma sia invece di supporto.^[2]

Più specificamente, il principio di autocertificazione solleva il cittadino dall’onere

di certificare determinati requisiti, atti, fatti, qualità e stati soggettivi necessari per l'istruttoria del procedimento e al cui apprezzamento è subordinata l'adozione del provvedimento finale da parte della P.A.: è sufficiente, infatti, che egli fornisca una semplice dichiarazione formale, la cui veridicità potrà essere soggetta al controllo successivo dell'Amministrazione; l'autocertificazione si basa, pertanto, su una responsabilizzazione del soggetto.^[3] Il principio di decertificazione, invece, inverte l'onere: in virtù di tale principio, infatti, è il responsabile del procedimento che è tenuto ad accertare d'ufficio i dati che è compito della stessa amministrazione certificare. Prima di procedere con l'analisi delle principali novità e problematiche in materia, preme sottolineare come quello dell'autocertificazione sia, ormai, un istituto la cui applicazione è prevista soltanto in via residuale, posto che l'ordinamento – non soltanto quello nazionale, ma ancor prima quello europeo – ha, ormai da molti anni^[4], previsto il principio della completa “decertificazione” nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e privati, dal momento che l'obbligo dell'acquisizione d'ufficio dei documenti è divenuta la regola generale.^[5] Tuttavia, nonostante in via di principio non si impone più al cittadino di fare da messaggero tra un'amministrazione e un'altra, una cosa è quanto affermato in via generale, altra – come si vedrà - è quanto si riscontra nell'applicazione pratica del principio stesso.

La mancata attuazione dei due principi affonda le proprie radici in tempi lontani: sebbene, infatti, l'istituto dell'autocertificazione sia stato introdotto e disciplinato, per la prima volta, con la legge 15/1968, questa è rimasta inapplicata per più di vent'anni.^[6] Successivamente, la legge 241/1990 sul procedimento amministrativo ha fissato il termine entro il quale le amministrazioni avrebbero dovuto adottare le misure organizzative idonee a garantire l'applicazione delle disposizioni in materia di autocertificazione e di presentazione di atti e documenti, dando così attuazione alla l. 15/1968 cit.; anche in tale occasione, tuttavia, l'attuazione è avvenuta solo in parte. I principi di autocertificazione e decertificazione sono oggi disciplinati dall'art. 18 della legge sul procedimento amministrativo (nonché dalle norme contenute nel d.P.R. 445/2000 «*Testo unico in materia di documentazione amministrativa*»). La materia, che negli anni è stata oggetto di molteplici interventi normativi, è stata da ultimo profondamente innovata dalle misure adottate in seguito della situazione emergenziale causata dal *coronavirus*, le quali non solo hanno operato un'azione

di manutenzione dell'art. 18, ma hanno altresì esteso l'ambito applicativo del principio ai rapporti tra privati.

Nonostante le molte modifiche normative, però, le potenzialità semplificatorie dei principi di autocertificazione e decertificazione risultano, ancora, fortemente limitate a causa della mancata disciplina in materia, nonché di quella relativa alla digitalizzazione dei procedimenti amministrativi contenuta nel Codice dell'Amministrazione digitale (da ora solo "CAD") che alla sua implementazione è strettamente strumentale. L'attuazione dei principi di autocertificazione e decertificazione nel nostro ordinamento è stata, infatti, lenta e mai piena, e ciò a causa della sfiducia pregiudiziale che l'Amministrazione tradizionalmente nutre per il cittadino, e alla ritrosia che lo stesso legislatore mostra nel conferirgli una piena responsabilizzazione, nonché al mancato coordinamento tra le pubbliche Amministrazioni.

In materia, da ultimo, è intervenuto il legislatore dell'emergenza (in particolare con il decreto Semplificazioni^[7] e il decreto Rilancio^[8]), introducendo novità sostanziali in parte apprezzabili e che, si spera, potranno rappresentare un punto di svolta per l'attuazione dei due principi in commento. Tali interventi legislativi, tuttavia, non sono scevri da problematiche (a causa, per esempio, della eccessiva genericità di alcune previsioni), né promettono di risolvere da soli e in tempi brevi i problemi attuativi della disciplina in materia, posto che si tratta di norme che a loro volta richiedono la predisposizione di un ingente impianto attuativo. Inoltre, proprio l'emergenza sanitaria ha rappresentato il teatro di scelte indecifrabili e dai contenuti paradossali, che hanno, sostanzialmente, ostacolato la circolazione delle "certezze pubbliche", anziché semplificare i rapporti tra cittadini e Amministrazione, riducendo gli oneri quotidiani gravanti sui cittadini; e ciò, in netta controtendenza sia rispetto a quanto avvenuto in altri paesi europei, sia rispetto al clima di profonda innovazione tecnologica che, per il resto, la pandemia ha certamente accelerato. Ne deriva, pertanto, che seppure per un verso la normativa emergenziale potrebbe produrre degli effetti positivi (e lo si vedrà in fase di attuazione), per altro verso, però, ha disatteso le finalità semplificatorie che si proponeva.

2. Il principio di “decertificazione” tra inattuazione e digitalizzazione

Si è detto come il principio della completa “decertificazione” nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e privati rappresenti, ormai, la regola generale. L’art. 18 della l. 241/90, già nella sua formulazione originaria, prevedeva che il cittadino potesse limitarsi a dichiarare – anziché autocertificare – fatti, stati e qualità che fossero attestati in documenti già in possesso della P.A. e poneva, in capo al responsabile del procedimento, l’obbligo di accertare d’ufficio i dati che la stessa amministrazione avrebbe dovuto certificare. Il merito della legge sul procedimento amministrativo è stato, quindi, non soltanto quello di aver ampliato la possibilità di utilizzo delle dichiarazioni sostitutive, ma anche quello di aver ribaltato l’onere per l’accertamento di fatti e notizie che siano già in possesso della P.A., in applicazione del divieto di aggravamento del procedimento di cui all’art. 1, comma 2, della stessa legge. Tale ribaltamento, peraltro, è stato oggetto di ulteriori estensioni negli anni successivi: l’Adunanza Plenaria 7/1998 del Consiglio di Stato ne ha esteso l’applicazione, per analogia, anche al processo amministrativo; successivamente tale principio è stato adottato, anche, ai procedimenti tributari e poi, per analogia, al contenzioso tributario; in tale occasione, si è espressa, peraltro, anche la Corte di Cassazione, offrendo una interpretazione estensiva dell’art. 18, l. 241/90. È soltanto con il d.l. 35/2005 (conv. in l. 85/2005), però, che il principio dell’acquisizione d’ufficio dei documenti è divenuto la regola generale, dal momento che la novella, nel riscrivere il comma 2 dell’art. 18, ha reso del tutto eccezionale l’utilizzo dell’autocertificazione, stabilendo che l’Amministrazione procedente possa richiedere agli interessati i soli elementi necessari alla ricerca dei documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi necessari all’istruttoria del procedimento e che l’amministrazione è tenuta ad acquisire d’ufficio. Ne deriva che l’amministrazione non solo è tenuta ad acquisire d’ufficio le notizie di cui sia già in possesso, ma non può comunque far derivare conseguenze pregiudizievoli agli interessati dalla mancata certificazione di tali notizie. Successivamente, l’art. 15 della legge di Stabilità del 2012 (che ha recepito la Direttiva UE 14/2011) è intervenuto con l’obiettivo di provocare la completa decertificazione nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e cittadini e favorire l’acquisizione diretta dei dati

presso le amministrazioni certificanti da parte delle amministrazioni precedenti. Seppure in materia si sia registrata, negli ultimi decenni, una importante evoluzione – anche e, soprattutto, sulla spinta del diritto europeo - residuano tuttavia alcune problematiche e criticità rispetto al grado di attuazione del principio di decertificazione.

Di estrema gravità, innanzitutto, appare il fatto che il comma 2 dell'art. 18, il quale prevede lo scambio di informazioni tra diverse pubbliche amministrazioni, sia rimasto sostanzialmente inapplicato. La completa attuazione del principio non può prescindere, chiaramente, da un'effettiva digitalizzazione del procedimento amministrativo e dei dati in possesso delle Pubbliche amministrazioni, nonché delle piattaforme digitali volte a far transitare in modo istantaneo le informazioni e i dati tra i diversi soggetti interessati. A differenza dei dati cartacei, i dati digitali permettono, come è evidente, lo scambio agevole di informazioni e sono inoltre suscettibili di una gestione dinamica (potendo, per esempio, essere incrociati tra loro). Così, l'art. 50 del CAD – rubricato «*disponibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*» – al comma 1 prevede che i dati delle PP.AA. siano formati, raccolti, conservati e resi disponibili e accessibili mediante l'uso delle tecnologie che ne consentono la fruizione e la riutilizzazione; al comma 2 prevede, poi, che qualunque dato in possesso di una P.A. sia reso accessibile e fruibile alle altre amministrazioni. Quanto previsto, però, in via di principio, non trova riscontro nella realtà, in quanto non può di certo sostenersi che sia presente, funzionale e attuata una banca dati cui possano accedere tutte le Amministrazioni. Di recente, tuttavia, la materia è stata oggetto di importanti innovazioni da parte del legislatore dell'emergenza, innovazioni che potrebbero rappresentare una chiave di volta ai fini dell'attuazione del principio di cui all'art. 18, comma 2, della l. 241/90 nonché delle norme di cui all'art. 50 del CAD. Si fa riferimento, innanzitutto, alle disposizioni innovative contenute nell'art. 264 del decreto Rilancio con l'esplicita finalità di «*garantire la massima semplificazione, l'accelerazione dei procedimenti amministrativi e la rimozione di ogni ostacolo burocratico nella vita dei cittadini e delle imprese in relazione all'emergenza Covid-19*»: in particolare il comma 2, lett. b), aggiunge all'art. 50 del CDA il nuovo comma 2-ter, prevedendo che le Pubbliche amministrazioni certificanti che detengono i dati di cui al comma 1, debbano assicurarne la fruizione da parte di altre amministrazioni pubbliche nonché dei gestori di servizi

pubblici, attraverso la predisposizione di accordi quadro. L'art. 33, comma 1, lett. a) del decreto Semplificazioni, ha poi introdotto il nuovo comma 3-ter all'art. 50 del CAD, il quale prevede che in caso di mancanza di tali accordi quadro, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione stabiliscano un termine entro il quale le PP.AA. interessate debbano provvedere a rendere disponibili, accessibili e fruibili tali dati per le altre amministrazioni, pena la riduzione della retribuzione. Sempre il decreto Semplificazioni ha poi riscritto la disciplina di cui all'art. 50-ter del CAD relativa alla «*Piattaforma Digitale Nazionale dei Dati*», istituito già previsto nel decreto Rilancio e che ha superato la fase di sperimentazione; tale strumento vuole essere un'infrastruttura tecnologica che rende possibile l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati delle PP.AA., consentendo di operare connessioni e collegamenti tra i diversi uffici pubblici e di facilitare il transito istantaneo delle informazioni tra i vari soggetti interessati. Chissà che – e lo si vedrà, soltanto, in fase di attuazione – non sia questo lo strumento idoneo, finalmente, ad attuare il comma 2 dell'art. 18 e, in generale, il principio di collaborazione, permettendo che i dati acquisiti da una P.A. siano effettivamente posti al servizio della sfera pubblica nel suo complesso, così come già previsto in via generale sia dalla l. 241/90 sia dal CAD.

Una seconda criticità è rappresentata, poi, dal fatto che nonostante da molti anni il giudice amministrativo abbia affermato che dall'art. 18 derivi anche l'obbligo dell'Amministrazione che si ritenga incompetente a dare corso a una pratica presentata dal privato, di trasmettere l'istanza all'ufficio competente, tale obbligo - già previsto nella legge 15/1968 istitutiva dell'autocertificazione - sia rimasto fuori dalla codificazione della legge 241/1990 e non sia mai stato positivizzato in occasione delle successive riforme; resta oggi, pertanto, affermato solo in via giurisprudenziale.

Una terza criticità deriva, poi, dalla circostanza per cui il principio di decertificazione risulta essere spesso oggetto di interpretazioni restrittive da parte del giudice amministrativo che, se non ne vanificano l'efficacia, quantomeno ne riducono la portata applicativa. Si pensi, per esempio, all'indirizzo giurisprudenziale che – con riguardo all'obbligo della P.A. di procurarsi direttamente i dati e le notizie che siano in suo possesso o in possesso di altre amministrazioni - stabilisce che le forme collaborative con il privato, per una più

rapida ed efficace definizione del procedimento, non siano escluse dall'art. 18 o che queste siano ammesse in deroga allo stesso articolo e ciò, in quanto il principio in base al quale l'amministrazione pubblica è tenuta all'acquisizione d'ufficio dei documenti in possesso della stessa o di altre PP.AA. sarebbe *«ispirato ad esigenze di semplificazione amministrativa e di non aggravamento del procedimento, non potendo tradursi in defatiganti oneri di ricerca ed istruttori a carico dell'amministrazione»*.

3. L'estensione dell'ambito di applicazione del principio di autocertificazione

Il decreto Semplificazioni è intervenuto, inoltre, sul principio di autocertificazione, con l'intenzione di aggiornarne e migliorarne l'applicazione, nonché al fine di ampliarne fortemente l'ambito applicativo.

In particolare, l'art. 12, tra le varie modifiche volte a semplificare e accelerare l'azione amministrativa, anche e soprattutto alla luce delle problematiche emerse durante l'emergenza sanitaria, al comma 1, lett. *b*), e al comma 3 contiene alcune importanti innovazioni.

Innanzitutto, il comma 3 dell'art. 12, alla lett. *b*), ha operato una necessaria manutenzione dell'art. 18 l. 241/1990 cit.: il primo comma dell'art. 18, infatti, ancora conteneva la formula originariamente prevista per dare attuazione alla l. 15/1968, individuando un termine – sei mesi dall'entrata in vigore della stessa legge sul procedimento amministrativo – entro il quale le amministrazioni pubbliche avrebbero dovuto adottare le misure organizzative necessarie all'attuazione della disciplina in materia di autocertificazione; il decreto Semplificazioni ha eliminato il retaggio, del tutto inattuale, relativo al termine dei “sei mesi”, che ancora, dopo trent'anni dall'adozione della l. 241/1990, figurava nel primo comma dell'art. 18; inoltre, innovazione assai più importante, ha reso permanente l'obbligo delle amministrazioni di adottare tali misure organizzative, sostituendo il riferimento alla l. 15/1968, con quello al Testo unico sulla documentazione amministrativa (d.P.R. 445/2000 cit.).

La stessa lett. *b*) ha, poi, introdotto il nuovo comma 3-*bis* all'art. 18 cit., ampliando fortemente l'ambito applicativo dell'istituto dell'autocertificazione: tale comma prevede, infatti, che nei procedimenti avviati su istanza di parte e

aventi a oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni da parte di pubbliche amministrazioni ovvero il rilascio di autorizzazioni e nulla osta comunque denominati, le dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47 del d.P.R. 445/2000 sostituiscono ogni tipo di documentazione comprovante tutti i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento. Pur confermando, tuttavia, il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. 159/2011 cit., disciplina a cui, pertanto, l'uso dell'autocertificazione non può derogare.¹⁹

L'ampliamento dell'ambito di applicazione del principio di autocertificazione operato dal decreto Semplificazioni ha, peraltro, confermato l'indirizzo che soltanto due mesi prima aveva contrassegnato il decreto Rilancio, il quale aveva previsto – in via esclusivamente temporanea, con vigenza sino al 31 dicembre 2020 – la possibilità, per cittadini e imprese, di utilizzare le dichiarazioni sostitutive per comprovare tutti i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti a corredo delle istanze di erogazione di benefici economici da parte delle pubbliche amministrazioni, in relazione all'emergenza Covid-19, anche in deroga alla legislazione vigente in materia. È questo, pertanto, un caso in cui la crisi derivante dall'emergenza sanitaria ha mostrato la possibilità di modelli alternativi e in cui la sperimentazione – seppur breve – di alcune nuove misure ha rappresentato l'occasione per adottare un correttivo alla disciplina generale, non più solo in via temporanea, ma a pieno regime. Per quanto si condivida il tentativo di generalizzazione dell'applicazione del principio, con l'attribuzione di un valore privilegiato alle istanze volte a ottenere benefici economici, non ci si può tuttavia esimere, in questa sede, dal sottolineare che una norma così ampia, generica e priva di esaustività potrebbe causare questioni interpretative relativamente a quali istanze aventi a oggetto benefici economici possano, effettivamente, rientrare nell'ambito della disciplina qui descritta.

In sede di conversione in legge 120/2020 del decreto Semplificazioni, poi, si è direttamente intervenuto sul d.P.R. 445/2000, introducendo un'innovazione rivoluzionaria: ai sensi dell'art. 30-*bis* della legge (che modifica gli articoli 2 e 71, comma 4 del d.P.R. 445/2000 cit.), infatti, il principio di autocertificazione è esteso anche ai rapporti tra privati, non più soltanto ai rapporti tra cittadino e

Pubbliche Amministrazioni o gestori di pubblici servizi. Ne deriva che, mentre prima dell'entrata in vigore della legge le autocertificazioni erano possibili soltanto verso i privati che vi avessero acconsentito, la condizione del consenso dei privati destinatari dei documenti è stata soppressa; pertanto anche i privati sono tenuti ad accettare l'autocertificazione o la dichiarazione sostitutiva, non rappresentando più questa una facoltà, ma un obbligo. Parallelamente, è stato abolito l'obbligo di definire appositi accordi con le amministrazioni interessate per i privati che intendano effettuare controlli sulle autocertificazioni ricevute. Tali novità, pertanto, da una parte generalizzano l'obbligo di accettare le autocertificazioni, con la conseguente agevolazione dei cittadini, dall'altra mettono i privati in condizione di effettuare gli accertamenti che ritengano necessari rivolgendosi direttamente alle Amministrazioni competenti, e in tal modo fornisce loro maggiori garanzie.

4. Covid-19, burocrazia e la mancata attuazione dell'autocertificazione digitale

Altra questione riguarda, poi, la mancata attuazione dell'autocertificazione telematica da parte della normativa emergenziale, scelta indecifrabile, date le ricadute estremamente positive che ha avuto, per la materia, l'ingresso nell'era digitale. La profonda innovazione tecnologica, infatti, ha semplificato la circolazione delle "certezze pubbliche" nei procedimenti amministrativi; così, alla documentazione amministrativa cartacea si sono gradualmente aggiunte la documentazione amministrativa informatica e, successivamente, la documentazione amministrativa telematica. Sulla transizione dalla circolazione cartacea a quella telematica delle certezze pubbliche è già stato sostenuto, in dottrina, come questa provochi un miglioramento relativamente alla realizzazione del principio costituzionale del buon andamento, dal momento che consente la riduzione dei tempi di svolgimento dei procedimenti, nonché degli oneri di documentazione, garantendo comunque un alto livello di affidabilità delle certezze telematicamente acquisite e messe in circolazione.^[10] Tali conseguenze positive ricadono, inoltre, anche sul cittadino, posto che le dichiarazioni sostitutive previste dal d.P.R. 445/2000 possono essere presentate, oltre che via posta e via fax, anche via e-mail con firma digitale o via pec, senza più la necessità

che la firma sia autenticata.

Tuttavia, la disciplina prevista al fine di sgravare il cittadino dagli oneri burocratici, non sempre riesce nel suo intento e ciò, soprattutto a causa del fatto che rimane spesso inapplicata. Esempio lampante di questo, con riferimento alla digitalizzazione della pubblica amministrazione, è stato l'obbligo di compilazione cartacea della cd. "autocertificazione coronavirus"^[11] in un momento storico, peraltro, in cui l'Italia veniva innovata profondamente proprio sul fronte della telematica. In particolare, l'autocertificazione per gli spostamenti durante i diversi lockdown previsti in Italia, doveva essere firmata dal cittadino e, in caso di controllo, anche dall'operatore di polizia che, previa identificazione del dichiarante, l'acquisiva in originale. Ciò ha comportato, per tutti i cittadini che non possedessero una stampante a casa, l'onere di copiare a mano il testo, compilarlo e firmarlo. Magra consolazione il fatto che, qualora, a seguito di controllo, il soggetto risultasse privo di autocertificazione, avrebbe comunque potuto rilasciare una dichiarazione verbale alle forze dell'ordine, le quali avrebbero dovuto trascriverla, per poterne controllare, poi, la veridicità. L'autocertificazione poteva essere mostrata, inoltre, anche attraverso lo schermo del proprio *smartphone*, cosa che, però, complicava anziché semplificare: trattandosi, infatti, necessariamente di un documento in formato Pdf da compilare e firmare, questo sarebbe dovuto essere comunque stampato, compilato, firmato e poi ricaricato sul telefono, oppure compilato e firmato sul proprio computer per chi avesse a disposizione un programma finalizzato alla compilazione e firma del Pdf (come *Adobe Acrobat Pro DC*, la *Suite di Microsoft Office*, etc.) È evidente, però, come tali passaggi non rappresentino una effettiva "semplificazione" rispetto alla compilazione cartacea dell'autocertificazione. Le complicazioni e l'ingente onere burocratico gravante sui cittadini (cui era chiesto di osservare tali prescrizioni per ciascun singolo spostamento quotidiano, anche assolutamente necessario) è stato tale da portare alcuni privati a predisporre autonomamente strumenti elettronici semplici e veloci che potessero far fronte alle lacune attuative che, di fatto, svuotavano il diritto sancito dall'art. 20, comma 1-*bis* del CAD. Secondo tale norma, infatti, il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 del Codice civile «*efficacia della scrittura privata*» qualora vi sia apposta una firma digitale, ogni altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o,

comunque, qualora sia formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall’Agenzia per l’Italia digitale (da ora “AgID”) ai sensi dell’art. 71 dello stesso CAD, con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all’autore. I servizi predisposti per autonoma iniziativa di privati cittadini sono stati, tuttavia, sospesi dalla Polizia postale, la quale, in un comunicato del 18 marzo 2020, ha chiarito che *«l’autocertificazione coronavirus deve essere firmata sia dal cittadino sottoposto al controllo che dall’operatore di polizia, previa identificazione del dichiarante e che va inoltre acquisita in originale dall’operato»*.^[12] Chiaramente, tra le principali preoccupazioni vi era quella relativa al rispetto della privacy dei cittadini, secondo quanto dispone il Regolamento Europeo sulla Protezione dei Dati (GDPR).

L’obbligo di compilazione cartacea dell’autocertificazione da *coronavirus* non solo si è posto in netto contrasto con la disciplina che autorizza, invece, il deposito della autocertificazione o dichiarazione sostitutiva in versione digitale (art. 20 CAD, cit.), ma si è posto in netta controtendenza con gli altri (pochi) paesi europei in cui è stata prevista la necessità di un’autocertificazione per circolare. La maggior parte dei paesi dell’area europea, infatti, non ha previsto la necessità, per i loro cittadini, di sottoporre ciascun loro spostamento a una previa auto-dichiarazione. Tra i paesi in cui, tuttavia, tale obbligo è stato previsto, l’Italia appare, in un’ottica comparata, quello che ha sottoposto i propri cittadini all’aggravio burocratico maggiore. In Francia, per esempio, è stato messo a disposizione dei cittadini, sul sito del ministero dell’Interno, un generatore automatico di autocertificazione digitale provvista di codice Qr che non richiede neanche la firma digitale;^[13] al fine di proteggere i dati personali dei cittadini, il server del ministero non trattiene né trasmette alcun dato.^[14] In Grecia, addirittura, basta inviare un sms al Governo.^[15] Tra l’altro, l’indirizzo dell’Unione europea in merito è chiaro e non lascia adito a malintesi, dal momento che si è proposta l’introduzione di un’autocertificazione digitale unitaria quantomeno per i viaggi nell’area Schengen, al fine di semplificare il processo burocratico.^[16]

Non che in Italia sia del tutto mancato il dibattito circa l’opportunità, o meno, di mettere a disposizione dei cittadini un modulo digitale di autocertificazione; tuttavia, il ministero dell’Interno italiano ha escluso, sin dall’inizio dell’emergenza, l’opzione di un’applicazione per *smartphone* che generasse

autocertificazioni digitali, e ciò sia per evitare il rischio di una violazione della privacy degli utenti, sia in quanto tale soluzione non avrebbe consentito l'acquisizione in originale da parte dell'operatore di polizia. In altro momento, poi, è stata paventata la possibilità di consentire l'accesso a un modello di autocertificazione digitale utilizzando l'identificazione attraverso il Sistema pubblico di identità digitale (da ora "SPID"). Ciò avrebbe permesso di utilizzare un sistema sicuro per l'auto-compilazione di alcuni dati ricavati direttamente dallo SPID; tuttavia, l'uso di tale sistema avrebbe comportato la permanenza e conservazione di una copia dell'autocertificazione e dei relativi dati nel *database* del ministero al quale, peraltro, si proponeva di dare accesso anche agli agenti di polizia. Anche tale opzione, chiaramente, avrebbe provocato non pochi problemi in termini di protezione dei dati, nonché la resistenza dei cittadini – già poco inclini a usare applicazioni come, per esempio, Immuni^[17] – nel mettere a disposizione delle autorità il flusso di dati e informazioni così generati, riguardo soprattutto gli spostamenti e le relative motivazioni. Ancora una volta, non è chiaro il motivo di tanta complicazione, laddove si sarebbe trattato soltanto di semplificare (e "sburocratizzare") mediante l'uso di strumenti digitali agevoli, per esempio secondo i metodi adottati in Francia o in Grecia, che ben coniugano le esigenze di efficacia e sicurezza, garantendo semplicità, immediatezza e protezione dei dati personali.

Nel frattempo, è intervenuto il decreto Semplificazioni, il quale, all'art. 24 modifica l'art. 64-*bis* del CAD, introducendo, tra le altre modifiche, i commi 1-*ter* e 1-*quater*, sulla base dei quali le Amministrazioni devono rendere fruibili i propri servizi in rete tramite applicazione su dispositivi mobili e, in ogni caso, tutti i loro servizi anche in modalità digitale, dovendo avviare i relativi progetti di trasformazione digitale entro il 28 febbraio 2021. Obblighi che, peraltro, sono speculari a quanto sancito dall'art. 7 del CAD, secondo cui tutti i cittadini hanno il diritto di fruire dei servizi erogati dai soggetti pubblici in forma digitale e in modo integrato, tramite gli strumenti telematici messi a disposizione dalle pubbliche amministrazioni e il punto di accesso dell'app "io" su dispositivi mobili. La trasformazione digitale e, in particolare, l'integrazione dell'app "io" prevista dal CAD e dal Piano Triennale per l'informatica nella PA 2019-2021 ancora non è neanche a metà strada: sono, infatti, pochissimi i servizi effettivamente attivati dalle PP.AA. (come è possibile verificare consultando la

“roadmap” accessibile sul sito *io.italia/roadmap*) al punto che appare, ancora, uno strumento di mero reindirizzamento ai siti web delle poche Amministrazioni partecipanti. Seppure, pertanto, le «*Linee Guida per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell’art. 20 del CAD*» (adottate dall’AgID con determinazione del 23 marzo 2020, n. 23) prevedano oggi la possibilità di compilare l’autocertificazione con un’applicazione su *smartphone* (appunto la già citata App “io”) mediante autenticazione con SPID o CIE, tale possibilità risulta svuotata a causa della sua concreta inattuazione. Tra le previsioni più rilevanti contenute nella determinazione 157/2020, recante le Linee Guida (in part. art. 8.1) vi è quella secondo cui, salvo che l’utente non abbia scelto di avvalersi dei servizi di conservazione dei documenti firmati, l’*Identity Service Provider* rimuove “in modo sicuro” il documento oggetto della sottoscrizione dal proprio sistema, nel rispetto del Regolamento 679/2016 sulla protezione dei dati personali, previsione che sembrerebbe in parte superare le criticità cui si è fatto precedentemente riferimento. Si pone, anche qui, tuttavia, un problema di asimmetria tra quanto previsto in via di principio e la sua effettiva applicazione: innanzitutto, come si è detto, l’app “io” non può considerarsi ancora operativa, problema che assorbe ogni altro; in secondo luogo, basti pensare al fatto che il numero di titolari di SPID attivi risultava essere, all’ultimo censimento effettuato da AgID il 31 marzo 2020, soltanto 6.332.555; e che, inoltre, nonostante grande parte delle Amministrazioni pubbliche (almeno diecimila, secondo ISTAT) avrebbero dovuto essere attive su SPID entro il 1° aprile 2018, al censimento del 31 marzo 2020 soltanto 4.283 sono le amministrazioni attive, spesso, peraltro, con solo un servizio fruibile o parzialmente fruibile online. A tali motivi impeditivi preliminari, si aggiunga poi che le modalità procedurali di sottoscrizione delle autocertificazioni, predisposte dalle Linee Guida dell’AgID appaiono, se non altro, farraginose e complesse, al punto che vi è il rischio che l’appesantimento derivante dalla cd. “burocrazia digitale” superi persino quello della burocrazia “ordinaria” (cartacea) che si proporrebbe, invece, di eliminare. Senza voler entrare nei dettagli procedurali (per i quali si rimanda agli articoli 6 e 7 delle Linee Guida), basti pensare che la procedura di sottoscrizione elettronica con SPID consta di due passaggi, rispettivamente suddivisi in quattro fasi (la cd. predisposizione alla sottoscrizione) e dieci fasi (la cd. prestazione del consenso alla sottoscrizione). Insomma, non soltanto il servizio per la sottoscrizione attraverso

smartphone non appare ancora agibile, ma in generale la sottoscrizione elettronica con SPID non sembra rispondere a criteri di maggiore semplicità rispetto alla compilazione cartacea che, per molti cittadini, appare ancora la scelta più rapida e “indolore”.

5. Riflessioni conclusive

In questo contributo, si è tentato di mettere in luce come il processo di attuazione dei fondamentali principi “decertificazione” e “autocertificazione”, tradizionalmente lento, continui a incontrare ostacoli derivanti sia dal discredito attribuito al cittadino, e quindi dalla ritrosia del legislatore a conferirgli piena fiducia e piena responsabilizzazione, sia dalla scarsa “capacità tecnologica” di un Paese che, nonostante le molte norme e iniziative in tal senso, non ha ancora saputo fare il tanto atteso “salto digitale”. La problematica appare di estrema importanza, in quanto è proprio dall’attuazione di tali due principi che prende il via la cd. “sburocratizzazione” del Paese di cui tanto si parla. “Sburocratizzazione”, infatti, è divenuta una parola chiave per il legislatore e gli interpreti chiamati a eliminare la farraginosità degli *iter* e la moltiplicazione dei passaggi burocratici, causa di inaccettabili ritardi (così si legge nelle dichiarazioni rilasciate dal Presidente del Consiglio Mario Draghi) ^[8].

Nonostante la disciplina generale in materia di autocertificazione e decertificazione sia stata, di recente, oggetto di molteplici interventi di riforma – si sono analizzate, da ultimo, le misure a regime adottate per far fronte alla situazione emergenziale – finalizzati all’ampliamento dell’ambito applicativo degli istituti e alla loro “trasformazione digitale”, si sono evidenziati diversi profili problematici che ne limitano fortemente le potenzialità semplificatorie in concreto. Al punto che istituti nati proprio al fine di alleggerire gli oneri burocratici gravanti sui cittadini, si trasformano essi stessi, attraverso una distorsione paradossale, in complicazioni burocratiche.

Si osservano, così, due direzioni opposte e parallele: da una parte un tessuto normativo che dispone principi e soluzioni tutto sommato di qualità, dall’altra parte il suo basso grado di attuazione che ne svuota, in sostanza, l’efficacia. Si è mostrato, infatti, come l’attuazione del principio di decertificazione (da sempre inapplicato) dipenda necessariamente dalla predisposizione di banche dati

pubbliche intercomunicabili e interoperative, le quali sono state previste in via di principio soltanto nel 2020, con le modifiche apportate al CAD dal decreto Semplificazioni, ma per la cui funzionalità è necessario predisporre un impianto attuativo tecnologico complesso, di cui si spera di vedere presto i risultati. Con riferimento al principio di autocertificazione, si è inoltre osservato come questo possa non soltanto rappresentare una semplificazione nei rapporti tra privati e Amministrazioni pubbliche, ma possa tradursi anche in una complicazione; così è stato nel caso emblematico dell'obbligo di compilazione cartacea della cd. "autocertificazione coronavirus": per alcuni mesi la libera circolazione dei cittadini è stata fortemente limitata non solo dai divieti di spostamento, ma anche nei casi in cui lo spostamento era ammesso, in quanto gli ostacoli burocratici fungevano essi stessi da disincentivi. Seppure il CAD sancisce il diritto dei cittadini di utilizzare la cd. "autocertificazione digitale" o telematica - cui corrisponde il dovere di predisporla da parte delle Amministrazioni pubbliche - tale diritto è risultato sostanzialmente svuotato; e ciò, peraltro, in netta controtendenza rispetto ad altri paesi europei, nonché all'indirizzo dell'Unione europea. Mentre, nonostante la situazione emergenziale, nella maggioranza dei paesi europei si è riuscito a trovare un equilibrio tra esigenze di garanzia, controllo e semplificazione, in Italia, strumenti nati per ridurre l'onere burocratico gravante sui cittadini si sono, invece, tradotti in ulteriori e pesanti oneri burocratici, deviando così dalle finalità stesse per cui questi istituti sono stati originariamente predisposti. Laddove, peraltro, vi sarebbe stata la possibilità di optare - con uno sguardo al diritto comparato - per strumenti ancora più semplici, snelli e privi di conseguenze in materia di *privacy*, quantomeno al fine di fare fronte alle esigenze specifiche del caso.

Dal momento che i problemi strutturali dell'assetto amministrativo costituiscono i principali fattori da cui dipendono competitività e sviluppo, appare fondamentale sciogliere il groviglio di oneri burocratici che paralizza il Paese, allargando le maglie del concetto giuridico di "onere burocratico" al fine di ricomprendervi, oltre ai ben noti ostacoli procedimentali, tutti quei casi riconducibili a problemi di mancata o cattiva attuazione: l'inattuazione, come si è tentato di mostrare, è capace di creare distorsioni di alcuni strumenti giuridici che, notoriamente, non sarebbero considerati "oneri", bensì "soluzioni". Così, ai fini della "sburocratizzazione", particolare attenzione dovrà essere prestata non

solo al dato normativo, ma anche e soprattutto al dato attuativo, al fine di rendere efficaci gli strumenti già previsti dall'ordinamento. In materia di decertificazione e autocertificazione, la chiave per la corretta attuazione della normativa e per la concreta semplificazione e sburocratizzazione dei rapporti tra cittadini e P.A. non può che essere individuata negli strumenti tecnologici e digitali (quali, ad esempio, l'app "io" e il Cloud nazionale) già previsti dalla normativa in materia, ma dei quali è necessaria una rapida implementazione. Appare inoltre necessario semplificare taluni procedimenti, spogliandoli delle relative criticità, onde evitare che, come si è mostrato, la cd. "burocrazia digitale" risulti tanto o più complessa della "burocrazia cartacea" che si vorrebbe arginare.

1. Cfr. S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1998, 699 ss.; F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in Dir. Amm., 2002, 532. Sulla questione v. anche il rapporto della Commission sur la libération de la croissance française, elaborato nel 2007 da una commissione di esperti presieduta da J. Attali, dove l'alleggerimento del carico amministrativo gravante sui cittadini e sulle imprese è auspicato sia nell'ottica di riduzione della spesa pubblica sia nell'obiettivo di incrementare la crescita economica.
2. Mi sia concesso di rimandare a A. Giurickovic Dato, *La "sburocratizzazione" per i cittadini*, in Atti del Convegno "La legge 241/1990, trent'anni dopo" dell'11 dicembre 2020, presso Università degli Studi di Milano, tenutosi in seno al Prin 2017 Administrative reforms: policies, legal issues and results.
3. Ex multis v. G. Bartoli, *L'autocertificazione: confronto tra la legge 15/1968 e la legge 241/1990*, Rimini, 1993; M. Bombardelli, voce *Autocertificazione*, in Enciclopedia giuridica, vol. 2, Roma, 1999; A. Benedetti, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia*, in F. Fracchia e M. Occhiena (a cura di), *Certificazioni tra poteri pubblici e iniziativa privata*, Milano, 2006; M. Occhiena, *L'autocertificazione*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010 728 ss.; C. Taglienti, *Trasparenza dell'atto amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it; D. Vaiano, *Commento art. 18*, in *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 442 ss.; L. Donato, *L'autocertificazione tra certezza e semplificazione*, in Dir. e proc. amm., 2009, 201 ss., I.D., *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, Napoli, 2015, 1 ss.; M. Immordino, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale – Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 603 ss.
4. Una prima volta con la novella del 2005 alla l. 241/1990 che, modificando l'art. 18, ha invertito l'onere, per cui posto l'obbligo della P.A. di individuare d'ufficio le informazioni e i dati che la stessa fosse tenuta a verificare ai fini del procedimento – regola già prevista nella prima formulazione della l. 241/1990 – è divenuto la regola generale, mentre l'onere del cittadino di autocertificare alcuni stati, fatti e qualità personali, è divenuto l'istituto

- residuale, da applicarsi soltanto quando non fosse possibile, per la P.A., adempiere all'obbligo dell'accertamento d'ufficio, e non viceversa. Successivamente, però, con la legge di Stabilità del 2012 si è modificato il d.P.R. 445/2000 in senso di un'ancora più pregnante decertificazione, in osservanza degli obblighi posti dal diritto UE. Di questo si dirà, analiticamente, più avanti.
5. Si v., in tal senso, Cass. Civ., Sez. V Ord., sentenza del 22 giugno 2018, n. 16548; Cass. Civ. Sez. V, 21 gennaio 2015, n. 958; entrambe consultabili in www.cortedicassazione.it.
 6. M. Bombardelli, voce Autocertificazione, cit.; G. Bartoli, L'autocertificazione, cit. Quello stesso anno, le disposizioni contenute nella legge sono state integrate, sul piano operativo, dalle istruzioni e linee guida dettate dalla circolare della Funzione pubblica, 21 ottobre 1968, n. 778/8/8/1.
 7. D.L. 16 luglio 2020, n. 76, recante «*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*», convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, in gazzettaufficiale.it. Per un'illustrazione, con taglio critico, delle principali novità normative introdotte da tale decreto, v. F. Fracchia, P. Pantalone, La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato", 36, 2020, federalismi.it, 33 ss.; G. Tropea e A. Giannelli, L'emergenza pandemica e i contratti pubblici: una "semplificazione" in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale, in *Munus*, 2, 2020, 277 ss.; R. Spagnolo Vigorita, Semplificazione e sostituzione dalla legge "Madia" al decreto legge n. 76/2020. Il ruolo dell'amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale, in *Munus*, 2, 2020, 315 ss. Si v. inoltre, senza pretesa di completezza, gli osservatori sull'emergenza Covid-19 contenuti nei seguenti siti: www.federalismi.it; www.lacostituzione.info.it; www.ceridap.eu; www.irpa.eu; www.ridiam.it; www.dirittiregionali.it; www.dirittodelleconomia.it.
 8. D.L. 19 maggio 2020, n. 34, rubricato «*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*» convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, in www.gazzettaufficiale.it.
 9. Il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (codice antimafia) ha previsto un sistema di documentazione antimafia volto a impedire l'accesso a finanziamenti pubblici e la stipulazione di contratti con le pubbliche amministrazioni da parte di imprese e soggetti privati su cui grava il sospetto di infiltrazione da parte della criminalità organizzata.
 10. V. *ex multis* C. Pinelli, *Responsabilità per risultati e controlli*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 1997, 408, secondo cui dal principio costituzionale del buon andamento «*si irradiano ... le tre fondamentali esigenze di funzionalità organizzativa, di soddisfacimento delle situazioni costituzionalmente garantite e di buon uso delle risorse finanziarie, intese come traduzioni costituzionali, rispettivamente, di efficienza, efficacia ed economicità*». V. Anche M. Piacentini, in V. Italia (a cura di), *L'attività amministrativa*, Milano, 2020, 556 ss.
 11. Si fa riferimento alle autodichiarazioni da compilare per motivare gli spostamenti fuori

CERIDAP

dalla propria abitazione durante il primo lockdown previsto per arginare l'emergenza sanitaria da coronavirus.

13. Il modello è visionabile in <https://media.interieur.gouv.fr/attestation-couvre-feu-covid-19>.
14. Sul punto consulta il comunicato del ministro degli interni Christophe Castaner, su mobile.interieur.gouv.fr.
15. In merito si può consultare l'intervista rilasciata da Kyriakos Pierrakakis, ministro greco per l'innovazione digitale, su <https://www.euronews.com/2020/04/06/greece-begins-digital-odyssey-as-coronavirus-crisis-sparks-innovation>.
16. Proposta comunicata durante la riunione virtuale del Consiglio Europeo del 15 ottobre 2020, sul "COVID-19 coordination". Sul punto vedi https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1986.
17. Per un approfondimento in merito all'app. Immuni, v. D.U. Galetta, G. Carullo, *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*, in ceridap.eu; v. anche G. Della Morte, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell'app selezionata dal Governo italiano*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, Bologna, 14, 2020, 305-335.
18. Si fa riferimento alle dichiarazioni rilasciate dal Presidente del Consiglio Mario Draghi il 19 febbraio 2021 sul quotidiano *Il Messaggero*.

Development of Autonomous Vehicles and Criminal Liability issues: key points

Massimiliano Lanzi

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-19

Nell'ampio panorama dello sviluppo delle intelligenze artificiali, un ruolo rilevante è rivestito dai veicoli a guida autonoma. Strumenti la cui diffusione dovrebbe, secondo molti esperti, rivoluzionare il mondo dei trasporti, con importanti ricadute a livello economico, industriale e sociale. Lo sviluppo di queste tecnologie deve fare i conti con significative problematiche giuridiche, inerenti soprattutto all'allocazione delle responsabilità e, quindi, alla tutela degli interessi esposti a rischi di lesione. Il presente contributo intende affrontare tali questioni nella prospettiva del diritto penale, mettendo in rilievo i potenziali profili di responsabilità penale inerenti alla progettazione, alla costruzione e all'utilizzo di veicoli di questo tipo.

Within the development of artificial intelligence, a first sanding role is played by autonomous vehicles; these are supposed to revolutionize transports, with material economical, industrial and even social consequences. Several juridical issues are involved in this process, with particular reference to the allocation of liability, in order to provide a sufficient level of legal protection to the relevant interests at stake. This essay intends to focus the potential criminal risk related to programming, manufacturing and manning this kind of vehicles.

1. Introduction

In the opinion of several commentators and experts, autonomous vehicles (from now on, "A.V.") have the potential to revolutionize transports and to dramatically increase road safety. Indeed, it is a fact that the vast majority of injuries involving car traffic are caused by human mistakes or violations of traffic rules; the A.V. might modify the picture, being programmed to strictly fulfil

traffic laws^[1].

In many countries, vehicular traffic-related injuries might involve criminal liability, when caused by the breach of traffic laws and requirements. In Italy, deaths provoked by reckless drivers became, few years ago, a hot issue in the public debate, being the at-the-time in force punitive measures largely perceived as insufficient. Therefore, a major legislative reform occurred in 2016, and new offences of “road homicide” (“*omicidio stradale*”) and “severe road injuries” (“*lesioni personali stradali gravi o gravissime*”) were introduced in the Criminal Code, respectively at articles 589 *bis* and 590 *bis*^[2]. The new legal provisions prescribe very harsh punishments in case of injuries or deaths caused by violation of traffic laws: the more serious the infraction, the more severe the penalty. At the same time, criminal responsibility for traffic-related injuries might as well involve designers and producers, as far as the accident is caused by a technical failure of the vehicle^[3]. Eventually, even failing to provide the security conditions of the road network might entail criminal liability, of those responsible of such duties^[4].

Therefore, A.V. are expected to mitigate the overall harms caused by road accidents, cutting also the relevant economic and social costs, but we can't forget that the development of these technologies is strictly connected to the capabilities of public entities and administrations to properly promote and direct such changes.

With the present essay I intend to examine the actual statutory and regulatory frame of the matters at stake, as to understand, at a first step, what public administrations are expected to do in order to lead and encourage the A.V. development.

Then, I intend to draft which are the most relevant issues from the point of view of criminal law liability related to the introduction of A.V. on public roads.

From this point of view, I'm starting from the residual area of criminal liability for operators/passengers of an A.V., outlining, at a second time, which can be the consequences of the introduction of A.V. in terms of criminal liability of the producer or the programmer of the vehicle, in the event that the injury is caused by an error or by a lack of efficiency of the relevant manning software. The likely liability of infrastructures managing authorities or concessionaries should be also taken into account.

Finally, I'm going to formulate some brief considerations about any possible future scenario of criminal liability of the artificial intelligence, focusing especially on A.V.

2. Smart thinking: governing a technological revolution

Among of the main questions arising about the development of A.V. is whether this technology does require a collateral growth of public infrastructure suitable to sustain the relevant technology.

Several developers of artificial intelligence products bet that automated vehicles will be able, in the next future, to progress and circulate notwithstanding the quality of the infrastructure: the mission of A.V. is to interact with the surrounding world with its own instruments and capabilities^[5]. The immediate benefit of such a delivery would be to significantly cut the necessary public costs, allowing the spread of such lives-safer technologies even in poor countries; where, however, the traffic-related injuries rate is much higher than in rich countries.

Nonetheless, so far the picture is different. Legislators and public entities see the development of A.V. as strictly connected and dependant on the evolution of public infrastructures.

The Italian statutory and regulatory provisions are emblematic. A first legislative measure was adopted in 2017: article 1, section 72 of Statutory Act n. 205/2017 (so called "legge finanziaria 2018"), allocated a certain fund (of 2 Million Euros) for the digital transformation of public roads, as to permit testing A.V. prototypes^[6]. Even if the monetary assignment was not very relevant, the great merit of the provision was to establish a legal base as for the following administrative regulations of A.V.

Soon after, the Ministry of infrastructures and transports delivered on 28.2.2018 a decree – named "smart road decree" by commentators – which regulates both the implementation of digital technologies on public roads and the authorization for testing A.V. on the same. The two issues are clearly strictly dependant in the view of the legislator and of the administrative authority.

Art. 2 contains the definition of "smart road": road infrastructures subject to a digital evolution process, aimed to provide advance services to road users, road managing authorities and public administrations and to create a "technological

ecosystem” based on the interconnectivity between infrastructure and new generation vehicles.

The definition contained in the Italian regulation is coherent with the idea that autonomous driving is just a specific aspect of a wider “convergence of technologies”, which includes areas such as robotics or autonomics, sensor technology, advanced information and communication technology in general. It implies that legal analysis and assessment can be applied comprehensively and often the matters at stake have material similarities to be taken into account^[7].

The described digital “smart road” evolution is not supposed to invest all the road and transport network system equally. Art. 5 of the decree provides a classification of smart roads: priority is given to infrastructures comprised in the Trans-European Network (TEN-T) – both “core” and “comprehensive”^[8] – and to all the motorways network, even if not comprised in the TEN-T (Type I “smart roads”). Type II smart roads classification does include the infrastructures relevant to the level 1 of the National Integrated Transports System (“SNIT” for “Sistema Nazionale Integrato dei Trasporti”).

As said before, the “smart road” decree deals also with autonomous vehicles, in a comprehensive perspective.

The procedure for obtaining a licence to test A.V. on public road is set forth by article 9 and followings of the Decree and it’s quite complex, due to the obvious safety issues at stake.

It can be requested by the producer of the vehicle or by a University or a research institute, and it’s considered an advanced step of the longer process, since a minimum of 3.000 km on simulator or track-road testing are required in advance. The public administration requires a preliminary technical asseveration of all the previous testing results, and no impediment declarations from both the managing authority of the relevant public road and the producer of the vehicle are required. This last requirement has been criticized by the Italian national Antitrust Authority, since it would be an obstacle for independent developers who could be blocked by a veto from the producer of the vehicle, which is also a potential buyer of automatic driving systems realized by others^[9]. The Antitrust Authority did find this obstacle not balanced by any real need in terms of safety or liability issue. In their view, indeed it is not a matter of safety, since before the testing on public roads the A.V. must go through severe safety validations. And it

is not even a problem of civil liability since the “Smart decree” already prescribes for the tester to have an adequate civil liability insurance cover.

Notwithstanding this antitrust-related issue, for sure the Italian Authorities have adopted a strict approach to the matter and to obtain a permission to test A.V. on public roads is not an easy task: the main evidence is that to date only one authorization has been granted by the Ministry of Transport^[10]. Italy has followed the path of other European Countries, mainly of Germany where a rigorous regulation about A.V. testing process was approved in 2017, and the German Road Traffic Act was amended accordingly^[11].

Safety is provided not only by intense pre-test activities, but also by other provisions set forth by the “smart road decree”. First of all, the authorization can be granted only to those vehicles whom manual version is already fully authorized for road circulation. Also, under art. 10 a qualified supervisor has to be always on board of the vehicle, even when set in a full-auto mode. It is requested that the driver is put in condition to promptly shift from auto to manual driving mode and vice versa, as to guarantee safety circulation conditions. Pursuant to sec. 2 of article 10, the supervisor is liable for the vehicle, in both the driving modes. This is a very interesting provision, even from the point of view (which will be later deepened) of criminal liability scenario of passenger/operator of the vehicle. As far as the operator has a duty of surveillance over the A.V., then a guarantee position is on him: some commentator read the disposition as if his liability does not require any actual chance of control over the vehicle. As it will be better told in the next paragraph, this might be correct for the civil liability of the operator, where even strict liability is a valid liability measure. But when it comes to criminal liability, then the responsibility cannot be ground on the mere fact of being on board of the vehicle: this would breach the culpability requirement, which is a fundamental aspect of criminal liability.

For now, by the way, the presence of a human operator on board of the testing vehicle reflects not merely a safety measure but also a legal proper obligation. Indeed, Italy is among those countries that have undersigned and ratified the Vienna Convention, under which (at art. 5 *bis*, as it was amended by the Working Party on Road Traffic Safety of UNECE in 2014) semi-auto driver modes are allowed, as far as a surveillance operator is on board of the vehicle. Countries which are not parties of the Vienna Convention (United States, China

and the U.K., among others) have obviously less restrictions in testing and dealing with A.V.^[12]. As for the U.K., for instance, the *Automated and Electric Vehicles Act 2018* – which received the Royal Assent on July 19, 2018, but is not still in force due to the lack of a proper Commencement Order by the Secretary of State for Transport – already regulate A.V. up to Level 5 with full autonomy. A last important aspect is the overview duties pending on public administration, as to truly governing the development process and future steps. The “smart road” regulation prescribes the institution of a specific “smart road” Observatory, within the Ministry of Infrastructures and Sustainable Mobility^[13]. This Office has to monitor both the digital implementation of the road network and the testing on public roads of A.V., in order to review and amend current regulations and also to stimulate the public debate and research these issues, with reference to the most relevant ethical and legal matters involved in the development of these new technologies.

Representatives of various public entities compose the Observatory, which does not involve any member from private institutions. This decision is coherent with the need of keeping a distance from private developers of A.V., since Observatory is involved also in the procedure to obtain the authorization for testing the vehicles on public roads. At the same time, however, as far as also a technological and cultural promotion is involved, a strong cooperation with private experts might be extremely positive.

To create specialized agencies and governmental bodies is a consequence of the understanding that the development of autonomous vehicles is a major technological, legal and social challenge, to deal with adequately. We can track similar initiative almost all over the world: in 2015 the United Kingdom set up the Centre for Connected and Autonomous Vehicle (CAV), which is part of the Department for Transport and the Department for Business, Energy & Industrial Strategy^[14]. Moreover, Australia in 2018 launched an Office of Future Transport Technologies, to prepare the advent of autonomous vehicles in terms of both regulation and technological investments^[15].

In the given frame of public regulation and requirements, the aim of the legislator is to create a kind of a “riskless” road environment, with a strong trust in the ability of the artificial intelligence to avoid accidents and related harms. But the development of those technologies depends also by the capability of

jurists to resolve the problem of the liability allocation, in case something goes wrong. Investigating this aspect, I intend to start from the position of who is traditionally to blame for road injuries: the driver or operator of the vehicle.

3. Criminal liability of drivers, operators or passengers of A.V.

As for any residual area of criminal risk of driver/operator/passenger of the vehicle, much will depend on the level of automation of the future vehicles^[16].

We can say that as far as the person carried by the vehicle has not any legal duty of surveillance over the vehicle itself, nor any technical possibility to intervene on the software choices and conducts, then no ground for criminal liability is foreseeable. Indeed, under the general principles of Criminal Law, there can't be criminal liability but for an act or an omission which can be attributed to the person himself, in terms of doing something or omit to do something which is prescribed by the law. In other words, in this scenario the person is a mere passenger of the vehicle, and there can't be any liability for a third person (or a "third robot") conduct^[17].

Otherwise, if the future law will prescribe at least a duty of surveillance of the person over the vehicle, then the ordinary discipline shall find place, for which – under the culpability principle doctrine – there must be at least a negligent of unlawful behaviour in order to be liable for the more serious harm which might occur. The person, in this case, can still be considered as a proper driver or, at least, as an operator of the vehicle, and the breach of the relevant duty of care and precaution – while performing his surveillance task – might ground a criminal liability, if there is a relevant offence by negligence in the given legal system. At the same time, experts believe that a "control dilemma" would occur in case a surveillance duty is put on the shoulders of human passenger of A.V. Indeed, technological development allows the operator to be free of surveillance and control tasks, while the law still prescribes him to be in control of vehicle, as to avoid harmful event which might otherwise occur^[18]. I agree that even in the event of a persistent duty of care of the human on board over the vehicle, the scrutiny of negligence should take into due account the specific conditions of A.V. and whether there is a realistic chance of the operator to take control of it in

case of emergency. The ordinary car-accident negligence standard cannot find place in these cases, and the commentators – with the support of technical experts of A.I. – should elaborate new liability requirements and standards.

Under this aspect, the scenario is of course slightly different in common law countries, where strict liability is commonly accepted, even in Criminal Law. It means that the operator/driver might be guilty of some traffic violations or vehicular crimes, even if he did not commit any proper violation or misconduct^[19].

Though, to put on the shoulders of the human passenger of A.V. a duty of surveillance is a controversial topic. On one hand, it is hard to place a blind trust on the ability of the A.I. governing the vehicle, and to impose a duty of care over a human agent might tranquillize lawmakers and the relevant general debate. On the other hand, such a duty might frustrate many of the expected advantages related to the development of A.V. Indeed, not just more safety is at stake when it comes to A.V., but also efficiency and mobility. Indeed, these vehicles are expected to reduce the mass of unproductive hours which people spend driving, being able to do something else (especially, to work) rather than waste their time in traffic jams. At the same time, A.V. are also imagined to provide mobility capacity to people who cannot operate traditional vehicles, because of their disabilities or their age.

In the event that the law imposed a duty of surveillance, it is obvious that the passenger couldn't do any activity but to watch the vehicle, and only those who are able to perform such surveillance shall be permitted to man it. The people currently not fit for driving will not have, again, any real mobility chance. Such a duty would also frustrate – on the ground of security – the expectation on the A.V. to solve the spread phenomenon of drink-driving^[20], and a “take me home button” would not have much sense if the person is expected to have an active role while on the vehicle.

4. Criminal liability of producers and programmers of A.V.

As for any potential criminal risk of producers and programmers of A.V., we must distinguish between different possible scenarios.

A first hypothesis is that the injury is caused by a malfunction of the vehicle, in

terms of the sensors erroneously perceiving the external world, or the software failing to perform what it is programmed to; at the same time, it is possible that the programmer fails to predict some possible interactions which occurred in the real world, causing a harmful conduct by the machine which could be avoided. In all these cases, the general discipline of the criminal liability by negligence (*responsabilità colposa*) might find place. The programmer or the producer might be found criminally liable if they made an avoidable error (still a human error, then) in their relevant jobs of programming and manufacturing the vehicle, and such an error was the cause of the incident.

Even in this scenario, of course, we should consider the specificity of the matter at stake; indeed, the blameworthiness is obviously different between someone who consciously breach a road safety rule (such as running a red light, or overcoming another vehicle at a blind bend), and an engineer failing to duly programming a complicated software or manufacturing a futuristic vehicle. While a harsh punishment of reckless drivers might have a positive deterrent effect on other drivers, a similar attitude towards engineers might only discourage them to put an effort into developing new technologies and solutions, with the result of slowing down the introduction of modern machines that would make roads safer for everybody.

This consideration is commonly accepted in many common law jurisdictions, where indeed an idea of moral blameworthiness is essential when it comes to criminal liability^[21]. But still, under the Italian Law no room is given – at a substantial level – to such a distinction, and the different mentioned cases (a wilful reckless driving, on one side, and a mere technical error in manufacturing or programming the vehicle, on the other) shall be treated in the same way, but for a different and harsher penalty for the first compared to the second. Though, the problem is well known in the literature, and many authors believe that, in order to help the developing of new and positive technologies, at least a margin of tolerance should be introduced, for errors which might occur in programming or manufacturing futuristic technologies^[22].

A different scheme is the one in which the injury is caused by the A.V. as a consequence of a choice of action which is not the direct result of the original programming of the vehicle, rather the outcome of the self-learning capacity of the latter.

In these cases, between the conduct of the programmer and the action of the robot there is a wide area which is not under the control of the human “father” of the machine. What the artificial intelligence is able to develop in terms of choice of action, especially when put in connection with other machines and with the ability of learning from previous experience, is deemed as unforeseeable by the programmer and by the producer. This is one of the key points expressed in the recommendations to the Commission formulated by the European Parliament in 2017, on civil liability regime for artificial intelligence, for which *«the opacity, connectivity and autonomy of AI-systems could make it in practice very difficult or even impossible to trace back specific harmful actions of AI-systems to specific human input or to decisions in the design»*^[23].

The unforeseeability of the future action of self-learning vehicles, and of the following harms, should restrain – under the general principles of the discipline – to ground criminal liability of the human programmer, since he doesn’t have any possibility to impede it^[24].

5. Liability of the infrastructure managing entity.

As written in the introduction of this essay, liability for road and traffic related harms might also involve the managing entities of the road network system. In case they fail to provide the safety conditions of roads prescribed by the law, and in case such violation causes the accident and the harms, then an ordinary criminal liability for negligence can be grounded. This is what is happening, for instance, in one of the most known criminal case running before Italian Judiciary, related to the collapse of the “Morandi” motorway bridge in Genoa in 2018, in which 43 people lost their lives. Several qualified engineers and directors of the motorway concessionaire have been charged for multiple homicides by negligence, because of the supposed poor maintenance of the infrastructure.

As we move to the criminal law, liability of course is on the shoulders of individuals who materially committed the *actus reus* described by the law. Nevertheless, looking at the Italian scenario, we see that in 2001 a corporate criminal liability discipline has been introduced, and now companies might be sanctioned by the criminal law jurisdiction for crimes committed, for its interest and advantage, by an individual^[25]. Though, corporations are not liable for any

offence committed by its individuals, but for those explicitly indicated by the law. The catalogue of the relevant crimes is continuously enlarged by the legislator, but to date road homicide or traffic related harms are not among those. Anyway, pursuant to art. 1 of Corporate Criminal Liability Act, public administration and bodies are exonerated by such a direct “criminal” liability, which might involve only private entities.

But still, private and public bodies might be found liable for any civil damage that occurred from the offence, in case the Law prescribes a certain responsibility on it. As for traffic related damages, failing to provide safety conditions of the infrastructure is an obvious source of such a liability.

If we look at the ongoing technological transition, we understand that to develop a “smart road” means to create a digital backbone to the infrastructure, installing sensors and connection instruments able to dialog with automated vehicles. Indeed, A.V. will rely upon information originating from the digital network, collected by other vehicles and by sensors installed in the infrastructure. If the malfunctioning of the latter causes an accident, liability of the road managing authority might be grounded, since it failed to comply with safety and operational requirements set forth by the law. From this point of view, the responsibility of the concessionaire is not different – in terms of prerequisites – from what would happen if a pothole on the road surface had caused the accident.

If something goes wrong, the complexity of the digital network involves an objective difficulty in the reconstructing of the reasons and technical causes of the accident. Was it an error of a sensor installed on the road or was it a fail of the autonomous vehicle processor? In order to be able to answer the question, A.V. regulations in several countries prescribe the installation of a “black box” on board of the vehicle, similar to the one already compulsory for commercial airplanes. Looking at the German Law, we see that the Road Transportation Act, as lately amended, requires for the manufacturers to include such a tool as to collect all the data useful if an accident ever occurred. To avoid concerns related to data protection, the final version of the regulation prescribes a limitation of six months of storage of the data, unless the car is involved in an accident^[26].

Back to the Italian scenario, we see that the Italian regulation prescribes similar duties of data storage: pursuant to art. 16 of the “smart road” decree the

developer must keep all information and data related to the test of A.V. for the entire duration of the authorization and for the next 12 months; the authority that granted the authorization has free access to the data, in order to supervise the testing activities.

The complexity of the digital network involved in the autonomous vehicle “revolution” might take to the conclusion that it is simply impossible to understand if the eventual harm was caused by a malfunctioning of the vehicle software or of the relevant infrastructure support.

This conclusion took several authors, especially in the United States, to investigate the possibility to allocate the liability on the vehicle itself, and in which way this might be possible.

This is the final issue I intend to face, in the following paragraph.

6. Any room for criminal liability of Artificial Intelligence?

As far as a harmful event is caused by the choice of action of an artificial intelligence, and the same is unforeseeable by the programmer, we wonder if there is any room for criminal liability of the robot itself.

To answer this question, we could be inspired by countless movies and fictions; but the issue is not that extraneous from our reality. After all, we might say that the dogma under which only human agents can face criminal liability is already challenged; just consider various forms of corporate criminal liability, expressly recognized in several jurisdictions.

Some scholars consider the artificial intelligence compatible with criminal liability. In this perspective, the harmful fact allegedly committed by the A.I. would present both the conditions for criminal responsibility: an *actus reus* (a conduct) and, when it comes to very sophisticated and self-learning machines, a *mens rea*, in terms of expressing a proper and “personal” will of the robot, which differs from the intention of its programmer^[27]; moreover, it would be possible to apply to robots both the preventive and the punitive aims of criminal punishment.

These theories are interesting but perhaps they fail to consider that the very ground for criminal liability is consciousness (so called *suitas*). The latter is, so far, a unique characteristic of human being, not shared even by the most

advanced animals on earth. Even if the machine was able to perform some of the capabilities which help us to define consciousness (such as distinguishing, thanks to its software, what humans find to be “right” and “wrong”) it doesn’t seem enough to consider it a “free” agent, and therefore to consider it “personally” responsible for any harmful action^[28].

So far, even considering the most sophisticated A.I. that we can see at the horizon, to found a A.V. guilty for road homicide (or for any other criminal offence) seems something belonging more to fictions than to reality.

1. Worldwide are reported, each year, 1.35 million people killed in traffic related accidents; the 95 % of whom are caused by human errors. See *Global Status Report on Road Safety 2018*, by the World Health Organization.
2. In the Italian scientific literature, for a broad and detailed comment of the new mentioned crimes see A. Menghini, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; G. Losappio, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni “stradali”*, in www.penalecontemporaneo.it, 30th June 2016.
3. Even if not strictly related to road traffic accidents, it might be useful to remember the criminal case following the death of the Formula 1 pilot Ayrton Senna, which took place at the race track of Imola on the 1st May 1994. Among others, the chief engineers of the Williams racing team were charged for homicide by negligence, due to a technical failure of the wheel steering system of the car of Senna, which allegedly was the cause of the accident in which the brilliant Brazilian pilot lost his life.
4. We can refer to a recent case, still pending before the Criminal Tribunal of Verona, related to a dramatic accident occurred on the Milan-Trieste highway in 2017, in which a bus of tourists was involved and 11 young Hungarian students lost their lives. Among the defendants, charged for road homicide (“*omicidio stradale*”), are the driver of the bus, for reckless driving, and several high-level managers of the highway authority. Indeed, after the driver lost the control of the bus, the vehicle hit a pillar, the distance of which from the road did not fulfil the relevant law requirements.
5. See «*the rise of level 4 and level 5 autonomy*» in www.ambarella.com/blog, published on Mar. 18, 2021. Ambarella is a leading company in the field of developing artificial intelligence and autonomous vehicles.
6. For a first comment on this legislative measure see S. Scagliarini, “*Smart road*” e “*driverless cars*” nella legge di bilancio: opportunità e rischi di un’attività economica «*indirizzata e coordinata a fini sociali*», in *Quad. Cost.*, 2, 2018, pp. 497-500.
7. See for similar consideration E. Hilgendorf, *Automated Driving and the Law*, in E.Hilgendorf-U. Seidel (eds.), *Robotics, Autonomics and the Law*, Nomos, 2016, p. 173.
8. See Regulation (EU) No 1315/2013, under which the «*core network*» is to be completed by 2030, while the «*comprehensive network*» is to be completed by 2050.

CERIDAP

9. See decision AS1556 dated 19.12.2018, published on the Antitrust Authority Bulletin on 14.1.2019, n. 2.
10. VisLab s.r.l., an innovation company based at the University of Parma – Engineering Department. VisLab belongs to Ambarella Company – world leader on artificial intelligence systems developing, based in the Silicon Valley and listed at the N.Y. Stocks Exchange.
11. Strassenverkehrsgesetz [StVG], Mar. 5, 2003, as amended June 16, 2017, BGBL I at 1648. See F. Henkel-J. Nowak-N. Smirra, *Autonomous vehicles: the legal landscape in Germany*, in Norton Rose Fulbright, 11.8.2016.
12. Even if to date the most advanced robot-taxi service, operating from May 2021 in several specific districts of Shanghai and Beijing and run by the Chinese company Baidu, still prescribe the presence on board of the vehicle of a human supervisor, which is expected to be removed as soon as people and authorities will be confident with this new technology. See *Hyperdrive Daily: China Ramps Up its Autonomous Vehicle Development*, in *Bloomberg* 4th May 2021 and *China Give Driverless Car Services a Push with Updated Regulations*, in *CX Tech*, 2nd August 2021.
13. As it was renamed the Ministry of Infrastructures and Transport in February 2021. The composition of the Observatory is described at art. 20 of the “smart road” decree.
14. See Dep’t of Trans. et al, *New Cyber Security Standard for Self-Driving Vehicles* (Dec. 19, 2018), as well as *The Key Principles of Cybersecurity for Connected and Automated Vehicles* (Aug. 6, 2017), both on www.gov.uk.
15. See <https://www.infrastructure.gov.au/transport/land-transport-technology/office-of-future-transport-technology.aspx>.
16. Without going too deep into technical issues related to A.V., we can recall that under the definition of the North American *National Highway Traffic Safety Admin.*, there are four different levels of automation (from “no automation” to “Full Self Driving Automation”); following a different definition provided by the SAE International Corporation, there are five levels of automation, the top one being defined as High-automation, consisting in «*the full time performance by an automated driving system of all aspects of the dynamic driving task under all roadway and environmental condition*». See D. Glancy, *Autonomous and Automated and Connected Cars – Oh My: First Generation Autonomous Cars in the Legal Ecosystem*, 16 *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, 2015, p. 630.
17. See F. Douma-S.A. Polodichuk, *Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles*, 52 *Santa Clara Law Review*, 2012, p. 1160, for whom «*as long as the operator was merely acting as a passenger, negligence could not be found in the traditional sense*».
18. E. Hilgendorf, *Automated driving and the Law*, cit., 187.
19. This is happening, for instance, in the north American State of Nevada, where the local autonomous vehicle regulation makes clear that «*for the purpose of enforcing the traffic laws [...] the operator of an autonomous vehicle that is operated in autonomous mode shall be*

- deemed the driver of the autonomous vehicle regardless of whether the person is physically present in the autonomous vehicle while it is engaged» (see Nev. Admin. Code § 482A.030(2) (2013)).
20. Under the most recent statistics, in Italy the 20-25 % of road traffic deaths involve the use of alcohol. The rate is even higher, for instance, in the USA (29%) and in Ireland (39%). See *Global Status Report on Road Safety*, 2018, by the *World Health Organization*.
 21. See for instance the statutory law of several States in the U.S.; New York, for instance, «requires serious “moral blameworthiness” on the part of an automobile driver before the driver can be criminally liable for vehicular homicide», while other statutes require, at least, gross negligence, in terms of an evident and material breaching of the relevant rule of behaving. See J.K. Gurney, *Driving into the unknown: examining the crossroads of criminal law and autonomous vehicles*, in 5 *Wake Forest Journal of Law & Policy*, p. 407.
 22. See a similar consideration in S. Gless-E. Silverman-T. Weigend, *If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability*, 19 *New Criminal Law Review*, 2016, p. 430-431.
 23. The text of the recommendations can be found on the web at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_EN.html.
 24. In equal terms, in the most recent Italian literature, P. Severino, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020, p. 534, who outlines this as a starting point – and not as a conclusion – of the issue, since when it comes to safety of people, law must provide an adequate level of protection.
 25. See d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.
 26. See A. E. Kouroutakis, *Autonomous vehicles: regulatory challenges and the response from Germany and UK*, in *Mitchell Hamline Law Review*, 2020, vol. 46, p. 1115.
 27. See, among the most popular, G. Hallevy in various publications: *The criminal liability of artificial intelligence entities – from science fiction to legal social control*, in 4 *Akron intellectual property law*, 2010, p. 171; *I, criminal: when science fiction becomes reality: legal liability of AI robots committing criminal offense*, in 22 *Syracuse Science & Technology Law Reporter*, 2010; *Virtual Criminal Responsibility*, in 6 *Original Law Review*, 2010, p. 7. The Author proposes the establishment of three models of A.I. criminal liability, namely the (i) Perpetuation via another liability model, (ii) natural probable consequence liability model, (iii) direct liability model.
 28. In these terms S. Gless-E. Silverman-T. Weigend, *If robots cause harm*, cit., p. 417.

COVID-19, dpcm del governo e problemi di sorveglianza linguistica: la tecnica e l'igiene del linguaggio non sono un optional. Spunti per un'analisi linguistica delle misure di contrasto al virus

Riccardo Nobile

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-15

Il contributo ha come obiettivo quello di analizzare, in una prospettiva di analisi del linguaggio, e di comprensione semantica, i provvedimenti legislativi e amministrativi adottati dal Governo per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19. Più in particolare, il contributo evidenzia le difficoltà linguistiche e, sovente, anche la scarsa comprensione dei testi normativi, o di loro singole disposizioni, frutto di una tecnica legislativa frammentaria e frettolosa. Da qui le difficoltà per gli interpreti, ed in specie per i soggetti chiamati ad applicare le medesime norme, di avere un quadro normativo stabile nel tempo, e tale da consentirne una applicazione ed implementazione agevole e tempestiva.

COVID-19, government decisions and language surveillance issues: technique and language correctness are crucial. Suggestions for a linguistic analysis of virus control measures

The article aims to analyze in a linguistic perspective the administrative measures taken by the government to deal with the health emergency. More specifically, the contribution highlights the linguistic difficulties as well as the poor understanding of regulatory texts, or of their provisions, which result from a fragmentary and hasty legislative technique. Hence the difficulty for interpreters, and especially for those called upon to apply the same rules, to have a stable regulatory framework over time, and such as to allow a smooth and timely application and implementation.

1. La premessa

Com'era ampiamente prevedibile, il governo è dovuto intervenire con una raffica di provvedimenti amministrativi per cercare di far fronte alla persistenza dell'emergenza igienico-sanitaria dovuta alla diffusione del *virus* COVID-19^{[1] [2]} che, attualmente, è stata fissata al miglio del 31/12/2021 all'esito della sua proroga *ex rescripto* disposta con d.l. 23/07/2021, n. 105 in attesa di conversione^[3].

La genesi dei reiterati interventi governativi poggia concettualmente e inizialmente sulla deliberazione del consiglio dei ministri 31/01/2020, con cui il governo ha dichiarato lo stato di emergenza igienico-sanitaria per COVID-19 fino al 31/07/2020. Esso è stato poi prorogato al 15/10/2020 con deliberazione del consiglio dei ministri 27/07/2020 con una estensione temporale di soli tre mesi, segno evidente quanto meno di un eccesso di ottimismo, puntualmente finito nel nulla all'esito dell'ennesima proroga al 31/01/2021 disposto in analogo modo con deliberazione 07/10/2020. Con successiva deliberazione del 13/01/2021 lo stato di emergenza da COVID-19 è stato nuovamente prorogato al 30/04/2021, ulteriormente prorogato al 31/07/2021 con deliberazione del consiglio dei ministri 21/04/2021^[4].

2. Linguaggio della tecnica e linguaggio della politica

Fin qui l'unico commento possibile è che il governo ha operato con la logica dello *stop-and-go*, a corrente discontinua, fermo che di COVID-19 già si parlava ben prima del 31/01/2020, attese le molteplici ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Ministro della salute, il quale forse sperava che esse fossero sufficienti a frapporre i richiesti ostacoli al diffondersi del *virus*.

Ben altro v'è da dire sui contenuti lessicali degli atti variamente adottati dal governo sotto forma di decreto legge, di decreto del presidente del consiglio dei ministri, di provvedimenti di singoli ministeri, circolari ministeriali *et coeteris paribus*. E qui si impone un'annotazione preliminare: tutti gli interventi del legislatore e del governo nelle sue varie articolazioni sono e sono stati attuati impiegando il linguaggio: giuridico al momento dell'estensione dei documenti legali; clinico e tecnico per la predisposizione dei referti dei vari comitati tecnico-

scientifici di supporto e comunque e in senso ampio ascritto al dominio della politica.

Il tutto con la conseguenza che per mettere in questione le azioni del governo occorre guardare all', e indagare sull', uso che del linguaggio è stato impiegato dalla politica, nell'auspicato intento – che è poi anche il suo scopo – di fornire risposte razionali a un problema i cui contorni si pretendono chiari e definiti ^[5].

3. Il rischio e il suo linguaggio

La proposizione di introduzione del lavoro – “*cercare di fare fronte*” – all'apparenza innocente, esibisce evidenti elementi di problematicità ^[6]. Essi emergono dall'uso della voce verbale “cercare”, coniugata in terza persona singolare, e dall'impiego del nome “persistenza”. Come dire, al cospetto del manifestarsi e del persistere di un dato accadimento, un soggetto determinato dotato di competenza fa o cerca di fare qualcosa per conseguire un fine determinato, entro un nesso di mezzi-a-scopo.

Per meglio dire, al cospetto di un accadimento ben preciso e dai contorni non circondati da opacità, un soggetto competente intraprende azioni razionali per contrastare e possibilmente neutralizzare le conseguenze e l'impatto dell'accadimento dato. Con questa impostazione, è immediatamente evidente che si è al cospetto della gestione professionale di eventi secondo i principi del *management*, con l'avvertenza che parlare e mettere in questione una consimile tematica evoca problemi di straordinaria complessità, che non possono certo essere liquidati alla leggera ^[7] e, a maggior ragione, facendo uso di un linguaggio improvvisato, abborracciato o anche solo confuso e impreciso.

E questo qualcosa non può che ricevere il proprio senso e significato dalla tecnica di gestione professionale di un rischio determinato ^[8]. Che, nel caso di specie, è fare ciò che è ragionevolmente possibile per contenere l'impatto della pandemia da diffusione del *virus* COVID-19, e dunque la morte delle persone, l'affaticamento del sistema sanitario, la contrazione dell'economia e molto ancora d'altro. Tutti fattori dovuti alla persistenza e alla proliferazione del contagio, che assume la veste, e il ruolo insieme, di fattore scatenante inauspicato ^[9].

4. Ancora sul rischio e il suo linguaggio

Dunque, volendoli mettere in fila, quattro momenti scanditi da un preciso ordine logico: analisi del rischio entro un ambiente determinato; sua misurazione e valutazione; predisposizione di misure idonee; attuazione delle misure. Il tutto per contrastarlo, per diminuire il contagio e, in ultima istanza, per ridurre l'impatto della pandemia. Ovviamente nella piena consapevolezza, che deriva dall'imperiosità della grammatica costitutiva che innerva il nome "rischio" e il suo *pendant* "misura".

Giova qui soffermarsi sui due ben precisi elementi, che attengono, propriamente, ai postulati del *risk management*, per i quali "rischio" è la probabilità che si verifichi un evento inauspicato e non voluto, causalmente idoneo a provocare un impatto altrettanto non voluto, mentre "misura" è qualsiasi azione idonea a contrastare entrambi gli accadimenti perché negativamente considerati ^[10].

Quel che colpisce subito è l'accoppiata "*probabilità*" e "*idoneità*", nomi – questi – che, diciamolo subito, nulla hanno a che spartire con la verità e che, pertanto, appaiono *prima facie*, concetti deboli. Come dire, che chi persegue la gestione professionale del rischio è al di fuori del dominio della verità. Qui di seguito il perché di quest'affermazione che odora di forte.

La probabilità si colloca fra l'impossibilità e la necessità, ove la prima assume per definizione che non si dia il caso d'alcunché, mentre la seconda ne evidenzia l'inevitabilità. Dunque, un evento impossibile non è un evento purchessia, mentre se necessario, allora l'evento non è contrastabile in alcun modo. Ecco spiegato il senso dell'affermazione, che appariva *prima facie* anódina. Un esempio chiarisce la situazione. La morte è di per sé inevitabile: dunque cercare di impedire l'evento finale della vita degli umani è impossibile. Che una proposizione e il suo complementare si neghino o si affermino congiuntamente e sincronicamente *ex se* è necessario e ce lo ha dimostrato Aristotele oltre due millenni fa, quando discettava del *principium firmissimum*, ossia della *bebaiotate arche* ^[11].

Un evento probabile attiene al dominio della possibilità, che assieme alla contingenza, alla necessità e all'impossibilità esaurisce gli elementi del cosiddetto "*quadrato delle modalità aletiche*" ^[12] (ricordiamo che "aletico" proviene semanticamente da "*alétheia*", ossia da "verità disvelata", che si impone ai mortali

in quanto li sovrasta ossia *epi-steme*, e dunque sta-sopra)^[13]. Il tutto con l'altrettanto logica conseguenza che mentre la necessità e l'impossibilità non sono soggette a misurazione, lo è la possibilità, che, quando misurata evidenzia il grado percentuale della sua accadibilità in un singolo caso concreto^[14].

Mutatis mutandis per l'idoneità, la quale, quando riferita a una misura di contrasto del rischio, si sovrappone alla possibilità misurata – e dunque alla probabilità – di realizzazione dello scopo per il quale essa prima è stata pensata, poi introdotta isolatamente o nel *cocktail* di azioni ritenute utilmente concorrenti allo scopo ed entro una precisa e ponderata relazione di mezzo-a-fine, e, infine, messa in uso e dunque attuata entro il dominio della razionalità e della tecnica.

Quanto all'individuazione dei soggetti cui pertengono la misurazione del rischio e la valutazione dell'idoneità della misura occorre essere chiari *ab imis*: la gestione professionale del rischio è un fatto tecnico, ossia che appartiene al dominio della tecnica^[15]. La quale – e quest'annotazione appare particolarmente felice se riferita al caso di specie – conosce due sole variabili, che, ancora una volta, nulla hanno a che spartire con la verità. E, infatti, la tecnica non è né vera, né falsa; la tecnica o funziona o non funziona, *tertium non datur*. E questo è davvero tutto.

5. L'organizzazione e il suo linguaggio

Detto ciò, occorre ora aggiungere che la tecnica opera in modo meta-concettualmente assai semplice. Il suo funzionamento/non funzionamento poggia sui successi della scienza, che a sua volta valorizza i concetti di razionalità e di massimizzazione nella consecuzione dello scopo con minimizzazione dello sforzo, che sono poi la base definitoria del concetto di efficienza.

I concetti di rischio e di misura però – e a ben vedere – sono solo in parte sovrapponibili. Il perché è presto detto: mentre la misurazione del rischio e la sua valutazione sono un fatto neutro, altrettanto non lo è la valutazione dell'idoneità della misura di contrasto. La quale oltre a essere caratterizzata dalla probabilità di funzionare secondo il meccanismo della prognosi postuma deve essere anche sostenibile entro un sistema dato e determinato.

Ora, "sostenibilità" è predicato di relazione, perché mette in rapporto qualcosa – la misura di contrasto, per l'appunto – con qualcosa di più grande: l'organizzazione^[16]. La quale è, a sua volta, strumento per la realizzazione di scopi

attraverso mezzi, che devono funzionare perché correttamente progettati e messi a sistema ^[17] secondo il principio del moto-a-meta ^[18]. Di qui il richiamo alla tecnica, della quale l'elemento della progettazione ^[19] esprime la base razionale della realizzazione degli scopi voluti ^[20] e quindi della loro produzione ^[21]. Il tutto osservando che anche per "organizzazione" non valgono gli usuali valori di verità che caratterizzano le proposizioni che Aristotele denominava "apofantiche", perché descrittive di stati di fatto e non già prescrittive, valutative, interrogative, esclamative, consiliative, etiche, estetiche *et coeteris paribus* ^[22].

In sintesi, è logicamente impossibile mettere in questione la ricerca di un'organizzazione vera. L'organizzazione non appartiene al dominio della necessità, e neppure a quello più blando della possibilità. Essa appartiene piuttosto al dominio della contingenza, per la quale essa è, ancora più blandamente, sia possibile che sia, sia possibile che non sia ^[23]. Essa è quello che è solo perché funziona, ossia perché è capace di conseguire, in quanto mezzo, lo scopo che i suoi artefici si sono prefissi ^[24].

Dunque, "misure di contrasto" e "organizzazione" sono concetti che vanno a braccetto, perché unificati dall'accoppiata degli inquietanti valori di "sostenibilità/insostenibilità" e di "funzionalità/disfunzionalità". Di qui la necessità di calarli al di fuori dell'accoppiata verità/falsità, con l'ulteriore onere di esplicitare con chiarezza quel che si vuole ottenere tramite scelte entro un contesto progettuale caratterizzato da particolare rigore ^[25]. Il che vale però – come si è visto *ut supra* – a collocare l'intero universo di discorso entro la categoria logica del contingente, ossia di ciò che congiuntamente può tanto essere, quanto non essere ^[26].

Detto ciò, il punto di approdo rimanda, in tutta evidenza e in ultima istanza, a cosa si intenda congiuntamente per "misura funzionale" – misura che funziona – ossia che quando messa in uso è probabile che determini l'effetto auspicato e "misura sostenibile" – ossia misura che l'organizzazione può reggere e sorreggere. Il tutto avendo cura di sottolineare che, ancora una volta, qui si è al cospetto della tecnica e non della verità, epistemica o altro che sia, e che l'attuazione delle misure di prevenzione è applicazione di regole tecniche ^[27] – che si esprimono in termini causali – e non di norme – che si esprimono in termini deontici ^[28].

6. Il linguaggio nella pandemia

Fin qui tutto chiaro, almeno si spera. Le cose si complicano, e non di poco, quando la gestione del rischio riguarda eventi, per fare fronte ai quali occorre intervenire con strumenti normativi, che non sono elaborati, validati e soprattutto attuati solo da gestóri professionali – ossia da *risk manager* – ma in modo commisto da artefici tecnici e da soggetti politici, proprio come è accaduto e accade nella gestione del rischio pandemico da COVID-19 da oltre un anno.

Già, perché in quest’ipotesi, la gestione del rischio pandemico presuppone interventi che esondano dal dominio puro e nudo della tecnica per l’ovvia ragione che le misure astrattamente possibili e a maggior ragione quelle concretamente messe in uso costituiscono limitazione di veri e proprî diritti costituzionali – locomozione, riunione, diritto d’impresa, in nome della massimizzazione del diritto alla salute – la cui attuazione presuppone atti normativi, cui la scienza può fornire supporto, ma che al suo dominio sono estranei^[29].

E allora, non è un caso che il decisore politico si faccia supportare da collegî di tecnici della materia – i cosiddetti “comitati tecnici scientifici” – per acquisire elementi di conoscenza preordinati all’adozione delle misure ritenute utili al contrasto del rischio, le quali non sono piú attuazione di regole tecniche nel senso visto, ma di vere e proprie norme giuridiche desunte da disposizioni normative debitamente formate e munite della relativa sanzione.

A questo proposito, tuttavia, occorre ancóra una volta essere ben chiari: cómpito dei tecnici della materia – qui medici, virologi, biologi, scienziati molecolari, esperti di ordine pubblico e di organizzazione sanitaria – è conoscere, rilevare, misurare, valutare, proporre misure, stilare protocolli sanitari *et coeteris paribus*. Il tutto osservando che ciò deve avvenire esclusivamente su base scientifica e dunque secondo i protocolli del metodo sperimentale e nella piena consapevolezza che la scienza – e questa è un’annotazione squisitamente epistemologica – è semplicemente l’insieme di ciò che attualmente conosciamo dei/sui fenomeni, che essa nulla ha a che fare con la verità, che essa si esprime per ipotesi controllabili sperimentalmente entro contesti ripetibili e riproducibili, che valgono fino a quando non falsificate^[30], e che essa fornisce un’immagine provvisoria del mondo senza dire come il mondo è, perché, in ultima istanza, la scienza mette in relazione eventi sulla base di informazioni relative rilevanti^[31].

In questo specifico contesto le misure di gestione professionale del rischio affrontano quattro importanti passaggi: prima sono pensate, poi ponderate, poi ancora declinate, infine devono essere applicate. I quattro passaggi non sono commensurabili: mentre pensarle e declinarle attiene al dominio dell'essere (*Sein; To Be*), ponderarle e applicarle appartiene al complementare dominio del dover-essere (*Sollen; Must*). In una parola, i primi appartengono al dominio della tecnica, i secondi della politica, anche se è vero che – e nel caso del rischio da contagio da COVID-19 è particolarmente evidente – la politica non è affatto estranea alla loro declinazione perché ciò avviene ed è avvenuto entro atti normativi *lato sensu* intesi, o più propriamente mediante veri e propri provvedimenti amministrativi in applicazione di atti di fonte legale aventi forza di legge *ex art. 134 Cost.*^[32].

E qui il problema è tutto di tecnica di predisposizione degli atti normativi, nella quale il linguaggio gioca un ruolo davvero importante e straordinario.

Non resta allora che guardare come gli estensori dei provvedimenti amministrativi in questione hanno fatto uso del linguaggio^[33]. Il che non è però sufficiente, perché l'uso del linguaggio deve essere a sua volta messo in relazione con lo scopo voluto e con i contenuti davvero necessari dei provvedimenti in questione. Che sono poi gli ormai famosi dpcm legittimati dalla decretazione d'urgenza di promanazione governativa, poi consolidata mediante atti di legge in senso formale per ottemperare al principio costituzionale dell'art. 23 Cost.^[34], per il quale nessuna prestazione personale può essere imposta se non in base alla legge.

Ecco dunque che lo scopo dei dpcm è attualizzare volta per volta le misure di contrasto previste in via generale *ex lege*, le quali determinano la limitazione – taluni dicono “fortemente” – della libertà delle persone, che però non è concetto assoluto, almeno entro un contesto particolarmente complesso qual è la società degli umani.

7. Pandemia e diritti fondamentali

Per rendersi conto fino in fondo di come si è pergiunti alla compressione di taluni dei diritti fondamentali della persona occorre ricordare che la pandemia da COVID-19 ha rotto la catena della regolarità degli eventi, e lo ha fatto in modo

preoccupante, irreversibile, grandioso. Al punto da indurre il governo a intervenire con uno strumento anch'esso ancorato a presupposti di necessità e urgenza: il decreto legge. Ossia una fonte legale di regolazione – o fonte-atto – avente forza di legge [art. 134 Cost.] – il decreto-legge poi sempre convertito in legge – nella chiara intenzione di porsi al cospetto dell'art. 23 Cost. e dei diritti fondamentali delle persone, per fugare elementi di problematicità sempre in agguato, connessi alla teoria generale delle fonti, osservato che le prestazioni personali imposte devono comunque trovare il loro luogo di regolamentazione in atti che reggono il vaglio dell'art. 134 Cost.^[35].

A questo proposito, deve essere evidenziato che le misure di contenimento previste dal primo dpcm in via amministrativa hanno inciso – e ancor di più lo hanno fatto le misure sempre più invasive o di impatto crescente che si sono via via succedute – su diritti fondamentali per i quali vige una riserva di legge assoluta, la quale v'è tutte le volte che la norma attributiva [o riconoscitiva, secondo presupposizioni meta-giuridiche] di diritto impone al parlamento o al governo – in questo caso attraverso il ricorso al decreto legislativo o al decreto legge – di fornire la regolamentazione completa della materia senza lasciare spazio alcuno alle fonti-atto sub-primarie, esse siano di natura regolamentare o altrimenti secondarie^[36]. Differente è il caso della riserva di legge relativa, laddove all'atto di legge o avente forza di legge è demandata la disciplina dei criteri generali che circoscrivono la materia, mentre il resto, e in particolare l'attuazione dei contenuti, possono essere demandati alle fonti-atto sub-primarie, peraltro sempre entro la cornice predeterminata *ex lege*^[37].

Ciò è accaduto e accade proprio in tema di diritto alla circolazione delle persone, *ex art. 16 Cost.*, che va rammemorato *per tabulas* stante la sua rilevanza baricentrica in materia: «ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza». Cui si aggiunge il diritto di associazione *ex art. 18 Cost.*, per il quale la disciplina delle limitazioni va nella medesima direzione della tutela rafforzata: «i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale». Nulla, per contro, è detto esplicitamente in materia di mero incontro fra le persone perché la fattispecie è da intendersi ricompresa nel diritto di circolazione, salvo il caso in cui esso si riconduca alla riunione di cui parla l'art.

17 Cost., il che certamente non è per i cosiddetti assembramenti vietati in vista della prevenzione del rischio da contagio da COVID-19.

Il tutto al cospetto dell'art. 23 Cost., che prevede una riserva di legge meramente relativa – le prestazioni personali possono essere imposte non per legge, ma “*in base alla legge*”, come prevede emblematicamente il testo della disposizione [si osservi la differente formulazione dell'art. 25, comma 1 Cost., ove si parla esplicitamente di “*giudice naturale precostituito per legge*”]^[38].

Detto in estrema sintesi, la problematica qui evocata coinvolge frontalmente da un lato i diritti di libertà costituzionalmente sanciti, sovente protetti da riserva di legge assoluta e rafforzata, come nei casi adombrati e, dall'altro, l'art. 23 Cost., per il quale «nessuna prestazione personale [...] può essere imposta se non in base alla legge», il tutto con l'intermediazione del potere di ordinanza e nel rispetto del combinato disposto degli artt. 97, comma 2 Cost. (principio di legalità sostanziale dell'azione amministrativa, che, a sua volta, si articola nei principi di tipicità e di nominatività dei provvedimenti amministrativi) e 3 Cost. (meta-principio della ragionevolezza che vale in sé e per sé e quando si tratta di contemperare valori costituzionali potenzialmente collidenti), attesa la loro idoneità a incidere e comprimere diritti fondamentali della persona ex art. 2 Cost., nell'interpretazione espansiva da tempo seguita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Da quanto evidenziato emerge con estrema chiarezza che a partire sin dal dpcm 23/02/2020, primo della lunga sequela, al presidente del consiglio dei ministri è stata attribuita la funzione di mero declinatore di misure di contrasto nell'ambito di provvedimenti amministrativi a contenuto generale che hanno natura di ordinanza necessitata, ossia che esibiscono il solo presupposto legittimante dell'urgenza e non anche quello ben più problematico della contingibilità^[39].

Detto in altri termini, i dpcm in questione sono provvedimenti amministrativi a contenuto generale^[40], caratterizzati dalla necessità di provvedere con urgenza entro un quadro di tipicità, che ne esclude il carattere di contingibilità. Essi, infatti, reiterano, nella sostanza, le misure di contenimento del rischio pandemico previste in atti aventi forza di legge, ossia, di volta in volta, i decreti legge, poi convertiti in legge, garantendo in questo modo il rispetto del combinato disposto degli artt. 97, comma 2, 23 e 134 Cost.

8. Critiche e rimedi

Fatta questa premessa di ordine generale, va ora osservato che, dal punto di vista ontologico e funzionale, la limitazione dei diritti delle persone si consegue, in primo luogo e in via esclusiva, mediante la previsione di obblighi e divieti chiaramente enunciati ^[41]. Il che esclude in radice che a ciò siano funzionali cose come i permessi, le raccomandazioni, i consigli *et coeteris paribus*. I quali servono solo a fare confusione perché stimolano i confronti e l'uso inconsapevole, ma pervicace, dell'argomento *a contrario* e di quello *a simili ad simile*, perseguendo lo scopo di ridurre il perimetro degli obblighi e dei divieti, e per argomentare la postposizione del diritto alla salute a interessi personali sovente incommentabili ^[42]. Il tutto dimenticando che alla morte dell'economia e del libero mercato non è certo da preferire un'economia di morti ^[43].

Ma ciò non basta. Tutti gli ordinamenti sanzionatori – e questo è un principio di civiltà giuridica – sono e devono essere assoggettati al principio di tassatività ^[44]. Il che significa che le fattispecie obbligatorie e vietate devono essere enucleate e assistite da un particolare accudimento linguistico, che ne misura il grado di igiene. Un utile termometro che misura il grado di igiene linguistica è dato dalla superfluità di chiarimenti ulteriori, soprattutto se affidati a forme sconosciute dall'ordinamento giuridico. Le quali valgono per quel che valgono, ossia nulla ^[45]. Di qui la necessità di definire in via preventiva e propedeutica con la massima esattezza possibile i “termini-chiave” dell'universo discorsivo in questione, osservando sia che le definizioni devono precedere l'impiego dei termini cui sono riferite, sia che quando riguardano termini tecnici, deve esserne curata in massimo grado la loro traduzione nel linguaggio comune per assicurarne la comprensione e, di conseguenza il rispetto ^[46]. Già, perché gli atti normativi non sono atti esoterici e diretti ai pochissimi – operatori del diritto, giudici, funzionari amministrativi, funzionari di polizia, peraltro talvolta in antipodale contrasto fra di loro – ma devono essere immediatamente comprensibili da coloro i cui diritti di libertà essi limitano. Anche qui senza l'intermediazione di vere e proprie proliferazioni di circolari, note di chiarimento o risposte a domande frequenti (basta con il ricorso ad acronimi di derivazione anglofona che, se non correttamente pronunciati, sono quanto meno ambigui) ^[47].

Quanto appena evidenziato era particolarmente importante quando la violazione

delle prescrizioni contenute nei dpcm configurava illecito penale *ex art. 650 c.p.*, ipotesi poi mandata in soffitta con la sostituzione della responsabilità penale con quella meno ingombrante della responsabilità sanzionatoria in via amministrativa. Che però se non può condurre ad assoluzioni “*perché il fatto non costituisce reato*” ben può sortire effetti analoghi innanzi al giudice di pace, mandando indenne l’asserito contravventore “*perché il fatto non costituisce illecito amministrativo*”^[48].

9. L’epilogo

Resta ora da vedere cosa nei fatti è accaduto. La risposta si commenta da sé.

In primo luogo, utilizzazione di termini tecnici entro il perimetro di obblighi e divieti sanzionati. E qui occorre essere chiari. I provvedimenti che impongono condotte sotto forma di obblighi e divieti devono necessariamente fare uso di linguaggio tecnico, il quale, proprio perché è tale, o riprende termini del linguaggio ordinario e ne specifica il senso, ovvero se ne distacca per specializzarsi *ratione materiae*. In entrambi i casi, il linguaggio normativo deve essere corroborato da definizioni esplicative o ri-definizioni e, quando se ne dà il caso, da definizioni stipulative^[49]. Il caso più eloquente è quello dell’uso di termini privi di portata giuridica quali “abitazione”, “congiunto” e locuzioni quali “prossimità dell’abitazione” *et coeteris paribus*.

In secondo luogo, completa assenza di definizioni dei termini, omissione che contrasta con le più elementari regole del corretto *drafting* normativo. A ciò si aggiungono l’enunciazione di periodi per la cui lettura occorre munirsi delle bombole da immersione, l’enunciazione di consigli, raccomandazioni di volta in volta asserite in quanto tali piuttosto che fortemente propinate, l’uso a corrente discontinua di termini tecnici non tradotti e termini del linguaggio comune come se i due fossero fungibili entro un documento di contenuti prescrittivi particolarmente invasivi^[50]. Al che si aggiunge la persistenza nell’impiego di uno stile non appropriato, protratto nel tempo fin dal primo dpcm, ovvero dal dpcm 23/02/2020.

E ora un’ultima annotazione: i dpcm emanati non si contano più, sono lunghi, sfinenti e necessitano sovente di coordinamento, di chiarimento e di una particolare forma di accudimento linguistico. Identiche considerazioni si possono

fare per i testi dei decreti-legge, convertiti in legge per consolidarne gli effetti, e talvolta abrogati *in toto* o *in parte qua* perché divenuti inattuali.

Meglio sarebbe stato studiarne uno riepilogativo, di portata sistematica, munito della definizione dei termini in gioco, con incedere didascalico e soprattutto suddiviso in sezioni ben definite, di cui vogliamo fornire l'esempio: definizioni, elenco degli obblighi, elenco dei divieti, elenco degli obblighi e dei divieti rafforzati *ratione loci*, sanzioni. E soprattutto privo di quel che a un atto precettivo non conviene: i permessi e, soprattutto, le raccomandazioni, che non sono né divieti, né obblighi.

Per venir fuori dal problema non è necessario votarsi ai santi: basta rivolgersi al Wittgenstein delle Ricerche Filosofiche, il quale alla domanda “*a cosa serve la filosofia?*” rispondeva in termini laconici, ma davvero efficaci: “*la funzione della filosofia è mostrare alla mosca la via d'uscita dalla bottiglia*”^[51].

1. Ecco l'elenco dei dpcm a partire dalla prima ricorrenza (tot. 31 dpcm): 23/02/2020, 25/02/2020, 01/03/2020, 04/03/2020, 08/03/2020, 09/03/2020, 11/03/2020, 18/03/2020, 22/03/2020, 28/03/2020, 01/04/2020, 04/04/2020, 10/04/2020 (in numero di due), 26/04/2020, 12/05/2020, 17/05/2020, 18/05/2020, 11/06/2020, 14/07/2020, 07/08/2020, 07/09/2020, 13/10/2020, 18/10/2020, 24/10/2020, 03/11/2020, 03/12/2020, 14/01/2021, 02/03/2021, 30/04/2021 e 17/06/2021.

Parallelamente si sono succeduti i decreti legge (tot. 37 decreti legge): 23/02/2020, n. 6 convertito in legge 05/03/2020, n. 13, 02/03/2020, n. 9 abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 24/04/2020, n. 27, 08/03/2020, n. 11, abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 24/04/2020, 09/03/2020 n. 14 abrogato dall'art. 1, comma 2 della legge 24/04/2020, 17/03/2020, n. 18 convertito in legge 24/04/2020, n. 27, 25/03/2020, n. 19 convertito in legge 22/05/2020, n. 35, 08/04/2020, n. 22 convertito in legge 06/06/2020, n. 41, 08/04/2020, n. 23 convertito in legge 05/06/2020, n. 40, 20/04/2020, n. 26 convertito in legge 19/06/2020, n. 59, 30/04/2020, n. 28 convertito in legge 25/06/2020, n. 70, 10/05/2020, n. 19 abrogato dall'art. 1, comma 3, della legge 25/06/2020, 10/05/2020, n. 30 convertito in legge 02/07/2020, n. 72, 16/05/2020 n. 33 convertito in legge 14/07/2020, n. 74, 19/05/2020, n. 34 convertito in legge 17/07/2020, n. 77, 16/06/2020, n. 52 abrogato dall'art. 1, comma 2 della legge 17/07/2020, n. 77, 16/07/2020, n. 76 convertito in legge 11/09/2020, n. 120, 30/07/2020, n. 83 convertito in legge 25/09/2020, n. 124, 14/08/2020, n. 104 convertito in legge 13/10/2020, n. 126, 08/09/2020, n. 111 abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 13/10/2020, n. 126, 11/09/2020, n. 117 abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 13/10/2020, n. 126, 07/10/2020, n. 125, convertito nella legge 27/11/2020, 20/10/2020, n. 129 abrogato dall'art. 1, comma 2 della legge 27/11/2020, n. 159, 28/10/2020, n. 137 convertito in legge 18/12/2020, n. 176,

CERIDAP

09/11/2020, n. 149, abrogato dall'art. 1, comma 2 della legge 18/12/2020, n. 176, 10/11/2020, n. 150 convertito in legge 30/12/2020, n. 181, 23/11/2020, n. 154 abrogato dall'art. 1, comma 2 della legge 18/12/2020, n. 176, 30/11/2020, n. 157 abrogato dall'art. 1, comma 2 della legge 18/12/2020, n. 176, 02/12/2020, n. 158 abrogato dall'art. 1, comma 2 della legge 29/01/2021, n. 6, 18/12/2020, n. 172 convertito in legge 29/01/2021, n. 6, 31/12/2020, n. 183 convertito in legge 26/02/2021, n. 21, 05/01/2021, n. 1 abrogato dall'art. 1, comma 3, della legge 29/01/2021, n. 6, 14/01/2021, n. 2 convertito in legge 12/03/2021, n. 29, 30/01/2021, n. 7 abrogato dall'art. 1, comma 2 della legge 26/02/2021, n. 21, 12/02/2021, n. 12 abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 12/03/2021, n. 29, 23/02/2021, n. 15 abrogato dall'art. 1, comma 3 della legge 12/03/2021, n. 29, 05/03/2021, n. 25 convertito in legge 03/05/2021, n. 58, 13/03/2021, n. 30 convertito in legge 06/05/2021, n. 61, 13/03/2021, n. 31 convertito in legge 15/04/2021, n. 50, 22/03/2021, n. 41 convertito in legge 21/05/2021, n. 69, 01/04/2021, n. 44 convertito in legge 28/05/2021, n. 76, 22/04/2021, n. 52, 30/04/2021, n. 56, 06/05/2021, n. 59, 18/05/2021, n. 65, 25/05/2021, n. 73. Per non citare i decreti ministeriali e le ordinanze regionali. Sono stati complessivamente emanati 639 atti per contrastare l'avanzata del coronavirus nel nostro paese, per una media di oltre 37 al mese. I primi mesi del 2020 sono stati i più intensi dal punto di vista della produzione normativa: a febbraio sono stati pubblicati 67 atti Covid, a marzo 103, ad aprile 65. Nel 2021 gli atti pubblicati sono già 173. Volendo cercare un'assonanza, sembra di essere al cospetto del catalogo delle amanti di Don Giovanni snocciolato da Leporello a donna Elvira. Ma qui, il capolavoro non v'è.

2. Come si può agevolmente notare, fatta eccezione per il primo, si sono succeduti nello spazio dei primi 10 giorni successivi al 23/02/2020 ben 5 interventi della presidenza del consiglio dei ministri, con una media di 1 intervento ogni 2 giorni, da migliorare dei rimanenti, facendo eccezione per decreti ministeriali, circolari di chiarimento, comunicazioni, comparsate televisive, annunci, proclami e, financo, richiami all'uscita – non si capisce bene se rifacendosi a Mosé o volendosi presentare come un novello Mosé salvatore del popolo – dalle grinfie del faraone d'Egitto – evidente metafora del male pandemico – per sottolineare situazioni di asserito passaggio dall'emergenza strettissima a situazioni di miglior agio [qui la politica allude a istanze veterotestamentarie improvvisandosi esperta in teologia; peccato che alla situazione attuale si addica più l'escatologia che la rammemorazione biblica]. L'elenco è sfinente e può ingenerare il dubbio sulla qualità del prodotto complessivo.
3. Con dpcm 30/04/2021 il temine dello stato di emergenza igienico-sanitaria era fissato 31/07/2021. Il nuovo esecutivo ha cambiato strategia ed è intervenuto con fonti legali primarie di regolazione. Sulla complessa vicenda sollevata dall'adozione dei numerosi dpcm e dell'asserita sottrazione di potere ai rami del parlamento si è pronunciata la Corte costituzionale con le ordinanze 13/04/2021, n. 66 e, in pari data n. 67. Nella prima, si legge che *«la lamentata distorsione degli istituti previsti dagli artt. 76 e 77 Cost, conseguente all'asserita “espropriazione” della funzione legislativa nei termini prospettati in ricorso,*

sarebbe semmai idonea a menomare, in ipotesi, le attribuzioni dell'intera Camera cui appartiene il deputato ricorrente, posto che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere (art. 70 Cost.)»; nella seconda, che «la lamentata «traslazione della potestà concreta legislativa dal Parlamento e/o dal Governo su delega del medesimo, verso il Presidente del Consiglio od addirittura a favore dei singoli ministri», nei termini prospettati in ricorso, sarebbe semmai idonea a menomare le attribuzioni dell'intera Camera cui appartiene la ricorrente, posto che la funzione legislativa, per dettato costituzionale, è esercitata collettivamente dalle due Camere (art. 70 Cost.)».

4. Della materia ci si è occupati [e preoccupati] in almeno due occasioni. A questo proposito, si vedano: Nobile (R.), *Breve cronaca di un'epidemia [poi pandemia] annunciata: il caso di COVID-19*, in www.lexitalia.it, 2020; Nobile (R.), Nobile (R.), *Il sabba dei "dpcm fotocopia" al cospetto dell'emergenza igienico-sanitaria da COVID-19 e le asimmetrie in tema di responsabilità*, in www.lexitalia.it, 2020.
5. Proprio questo è il punto centrale dell'intera questione. Su tutto ciò, si suggerisce la lettura dei bei saggi di Orwell (G.), *Politics and the English Language* e *The Principles of Newspeak*, in Birattari (M.), *La neolingua della politica*, Garzanti, Milano, 2021. Da notare che Orwell stigmatizza un tema di cruciale importanza: l'impoverimento della lingua e del pensiero, l'uno e l'altro analizzati entro una relazione di biunivocità e la conseguente e progressiva imprecisione del linguaggio, che giova alla politica; la quale, definendosi come l'arte del possibile, vi trova sicuro terreno fertile per sostenere tutto e il suo esatto contrario (nella neolingua proposta, "tutto" e "stutto").
I concetti qui sommariamente illustrati sono sviluppati nella silloge di scritti di Orwell (G.), *Il potere e la parola. Scritti su propaganda, politica e censura*, PianoB edizioni, Prato, 2021, cui si rimanda.
6. Belacchi (C.), Benelli (B.), *Il significato delle parole. La competenza definitoria nello sviluppo tipico e atipico*, Il Mulino, Bologna, 2007. L'opera tratta della tematica in questione in differente ambito. Ciò nondimeno se ne possono trarre utili spunti di riflessione a livello metodologico generale.
7. Nobile (R.), *Management pubblico e semantica: prassi, significati ed etimi*, in "RU", Maggioli, 2019, 38 e ss.
8. Ult.not.cit.
9. Ult.not.cit.
10. Tutta la materia della prevenzione professionale del rischio è contenuta nelle regole tecniche che sono confluite nell'ISO 31.000, alla cui lettura integrale qui si rimanda. Il legislatore interno non ha saputo fare di meglio che "giuridificare" tali regole tecniche, trasformandole in norme giuridiche, la cui violazione viene sanzionata in molteplici modo.
11. Aristotele, *Metafisica*, trad. it. Rusconi, Milano, 1994, pagg. 143 e ss: «È impossibile che la stessa cosa, a un tempo, appartenga e non appartenga a una medesima cosa, secondo lo stesso rispetto [...]». In questo senso, e forse ancora più efficacemente, Aristotele prosegue in questo modo, *ibidem*, pagg. 449 e ss: «Esiste negli esseri un principio rispetto al quale non è possibile che ci si inganni, ma rispetto al quale, al contrario, è necessario che si sia sempre nel

vero: è questo il principio che afferma che non è possibile che la medesima cosa in un unico e medesimo tempo sia e non sia, e che lo stesso vale anche per gli altri attributi che sono fra loro opposti in questo modo».

12. Del quadrato delle modalità atletiche discute fra i primi von Wright (G.H.), *An Essay in Modal Logic*, North-Holland Publishing Company, 1951.
13. Il nome “disvelamento”, qui riprodotto nella forma “dis-velamento” ha una chiara attinenza e derivazione con la verità. Lo mostra l’etimo: l’essere velato, sconosciuto, nascosto rimanda a “*letheia*” e, di conseguenza, al verbo “*lanthanein*”; il togliere il velo, ossia il rendere evidente, rendere riconoscibile, può essere reso con “*aletheia*”, che significa proprio verità, e dunque dis-velatezza, dis-occultamento. Su tutto ciò, Galimberti (U.), *Il tramonto dell’occidente*, Feltrinelli, Milano, 2005, pag. 16. Qui è tematizzato quanto espresso in Heidegger (M.), *La dottrina platonica dell’essere*, in Segnavia, Adelphi, Milano, 1987, pagg. 184 e ss.
14. Per un’efficace introduzione a questi concetti, Capiluppi (C.), *Appunti di statistica sociale*, Aracne, Roma, 2012.
15. Galimberti (U.), *Tecne e Psiche*, Feltrinelli, 1999, 34: «*per il fatto che abitiamo un mondo in ogni sua parte tecnicamente organizzato, la tecnica non è più oggetto di una nostra scelta, ma è il nostro ambiente, dove fini e mezzi, scopi e ideazioni, condotte, azioni e passioni, persino sogni e desideri sono tecnicamente articolati e hanno bisogno della tecnica per esprimersi*». Severino (E.), *Il destino della tecnica*, Rizzoli, Milano, 1988, 34 e 35: «*[...] la tecnica mira non a uno scopo specifico e escludente, bensì all’incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, che è insieme incremento indefinito della capacità di soddisfare bisogni [...]. È inevitabile quindi che tali forze [...] rinuncino progressivamente allo scopo che pur intendono realizzare, e vi rinuncino appunto per non frenare, limitare, indebolire l’indefinito potenziamento degli strumenti – l’apparato scientifico-tecnologico con cui intendono realizzare tale scopo. In rapporto alla realizzazione dello scopo, il perfezionamento del mezzo che deve realizzarlo è infatti limitato e frenato. Altrimenti, il vero scopo diventerebbe tale perfezionamento. E se si vuole evitare questa limitazione (nell’illusione che potenziando indefinitamente il mezzo venga favorita la produzione dello scopo), è necessario che il perseguimento dello scopo non intralci il perfezionamento del mezzo, e dunque venga subordinato a tale perfezionamento – che così diventa il vero scopo primario*». E ancora, Severino (E.), *Técne*, Mondadori, Milano, 2002, ristampato per conto di Rizzoli, Milano, 2018. Dell’opera si può consultare con profitto il capitolo VI, *Il senso della civiltà della tecnica*.
16. Sulla nozione e il concetto di organizzazione la letteratura è davvero ampia. Per tutti, Reborà (G.), *Scienza dell’organizzazione*, Carocci, Roma, 2017, 17; Daft (R.L.), *Organization Theory*, South-Western Cengage Learning, 2016, trad. it. *Organizzazione aziendale*, Maggioli, Sant’Arcangelo di Romagna, 2017, 12: «*Le organizzazioni sono entità sociali guidate da obiettivi, progettate come sistemi di attività deliberatamente strutturati e coordinati che interagiscono con l’ambiente esterno. L’organizzazione è un mezzo per raggiungere uno scopo che deve essere progettata per raggiungere tale scopo*.

Possiamo immaginarla come uno strumento o un macchinario progettato per raggiungere uno scopo. Quest'ultimo può variare, ma l'aspetto centrale di un'organizzazione resta il coordinamento di individui e risorse per la realizzazione collettiva di obiettivi desiderati».

17. Nobile (R.), *Management pubblico e semantica: prassi, significati ed etimi*, in "RU", Maggioli, 2019, pagg. 36 e ss. «"organizzazione" esprime intensionalmente e denota estensionalmente un collegamento fra mezzi e uno o più scopi, sulla base di specifici nessi di razionalità e ragionevolezza, per superare situazioni di caos. "Organizzazione" caratterizza qui ciò mediante cui si attuano una o più relazioni di preordinazione razionale alla realizzazione di scopi predefiniti. Ciò può essere mostrato osservando che "organizzazione" è termine colto, caratterizzato da un'ascendenza etimologica che ne svela intensivamente il contenuto di significato e ne caratterizza estensivamente la portata operativa". Quanto all'etimo, "organizzazione" deriva da "organon", che significa "strumento". Esso rimanda subito a "érgon", termine polisemico che, a sua volta, e di volta in volta, può significare "opera", "azione", "esecuzione", "combattimento" [curiosa ed emblematica l' analogia con pòlemos di ascendenza eraclitea], "impresa", "ciò che spetta a qualcuno di fare", "dovere", "prodotto del lavoro", "lavoro", "opera fatta". Il termine non deve essere confuso con "enérgeia" – peraltro con esso strettamente interconnesso –, che ne rappresenta, attraverso la particella "en", una caratterizzazione intensiva, che esprime la dinamicità attraverso la quale si perviene a un risultato tramite l'applicazione di una forza (c.d. "moto-a-méta")»; Nobile (R.), *Pubbliche amministrazioni, organizzazione e progettazione: concetti, prodotti e norme*, in "www.lexitalia.it", 2019. Il riferimento al principio in questione evidenzia che attraverso il lavoro si realizza una trasformazione della risorsa – il mezzo, per l'appunto – preordinata alla realizzazione di uno scopo ben definito (i.e.: la méta), il quale deve essere conseguito. Le azioni devono essere sempre preordinate ad uno scopo predeterminato, con la conseguenza che non è affatto sufficiente eseguire – ossia attuare l'esito. Piuttosto è necessario eseguire-per conseguire, ossia attuare il processo di trasformazione per realizzare proprio quello scopo e determinare proprio l'impatto auspicato, massimizzando il risultato con minimizzazione della consumazione delle risorse strumentali. Il che è, in fondo, attuare il principio di efficienza nella sua massima estensione possibile e pensabile.
18. Di questa tematica si trova traccia in Nobile (R.), *Il superamento della dotazione organica mediante l'analisi logica di "organizzazione"*, in "Comuni d'Italia", 2017, 26.
19. Sulla funzione di progettazione, si veda Nobile (R.), *Pubbliche amministrazioni, organizzazione e progettazione: concetti, prodotti e norme*, in www.lexitalia.it, 2019. «Il nome "progettazione" non è innocente come sembra di primo acchito. Lo si comprende bene scrivendo "progettazione" nel modo seguente: pro-gettazione. In questo modo, "pro-gettare", significa una sola cosa: gettare "pro", ossia gettare avanti. Il punto non è dunque e tanto quello del gettare, ma quello del dove e per che cosa gettare quel che si getta. Detto in altri termini, la gettatezza che anima e sorregge l'azione di pro-gettare presuppone di avere contezza del verso e della direzione da intraprendere, così come pure dell'oggetto che si vuole realizzare perché pro-gettato, per l'appunto. Anche in questo caso sorregge l'etimo. E infatti, "progettare" è voce verbale che deriva per crasi di due parti: "pro" e "gettare". Insieme essa

viene dritta dritta da “proiectus”, termine che ha una curiosa assonanza con “proiettile”, che in balistica si trasforma e semplifica in “proietto”. E la seconda parte della crasi – “iectus” – altro non è che una derivazione dalla voce verbale “iacere”, il cui senso è “gettare”, “lanciare”, mentre la prima – “pro” – caratterizza intensivamente il luogo nel quale e il perché ciò che è lanciato viene lanciato».

20. Nobile (R.), *Management pubblico e semantica: prassi, significati ed etimi*, in “RU”, Maggioli, 2019, pag. 37 «Il significato intensionale di “organizzazione” non può essere disgiunto da quello di “progettazione”, o meglio, di “pro-gettazione”, cui si è fatto fugace accenno nell’incipit del lavoro. Qui vale solo la pena di rammentare che se “pro-gettare” evoca il, e rimanda al, “gettare-prima”, e se l’organizzazione è un mezzo preordinato alla realizzazione di scopi, allora pro-gettare un’organizzazione significa precognizzare il nesso fra strumento e scopi, nonché fra scopi e prodotti che ne costituiscono la realizzazione. E progettare non può che ricadere nel dominio della tecnica, dal momento che l’organizzazione deve pro-durre – pro-ducere – ciò che invera i suoi scopi, e dunque deve funzionare, proprio come conviene alla tecnica, il cui dominio appartiene alla razionalità pura».
21. “Pro-durre” è termine caro a Heidegger (M.), *Die Frage nach der Technik in Vorträge und Aufsätze*, Verlag Gunter Neske Pfullingen, 1954, trad.it., La questione della tecnica, in *Saggi e discorsi*, Mursia, Milano, 1991, 5, il quale ne fa il baricentro della sua concettualizzazione della tecnica.
22. Il linguaggio non ha più solo funzione di rappresentare la realtà sulla base dell’asserito isomorfismo fra pensiero-linguaggio-realtà, ma assolve a ben più complesse funzioni. Il linguaggio significante (“*logos semantikos*”, avrebbe detto Aristotele) non è più solo il linguaggio apofantico (*logos apophantikos*), ma anche altro: in questo modo, il linguaggio dell’etica, dell’estetica, dell’arte, della religione e anche il linguaggio della politica recupera lo statuto di linguaggio pienamente significante. Questo, in termini, il pensiero espresso nel *Perì Hermeneias (Dell’espressione)* libro II dell’*Organon*, trad. it. *Dell’espressione*, Laterza, Bari, 55: «ogni discorso è poi significativo, non già alla maniera di uno strumento naturale, bensì, secondo quanto si è detto, per convenzione. Dichiarativi sono, però, non già tutti i discorsi, ma quelli in cui sussiste un’enunciazione vera oppure falsa. Tale enunciazione non sussiste certo in tutti: la preghiera, ad esempio, è un discorso, ma non risulta né vera, né falsa. Prescindiamo dunque dagli altri discorsi, dal momento che l’indagine al riguardo è più pertinente alla retorica o alla poetica. Il discorso dichiarativo spetta invece alla presente considerazione».
23. Sulla definizione di “contingente”, si rinvia alla nota 26.
24. Nobile (R.), *Pubbliche amministrazioni, organizzazione e progettazione: concetti, prodotti e norme*, in www.lexitalia.it, 2020: «“Pro-gettare” è davvero tale se e solo se il suo artefice è in condizione di prefigurarsi l’esito della propria azione. E che chi lo fa ne sia artefice non è cosa da poco: “artefice” è colui che fa-con-arte, e siccome l’arte è pòiesis, ossia creazione e tecnica insieme, il pro-gettista è ideatore e creatore nel contempo. Ovviamente, non un progettista a caso, ma un soggetto che deve non fare per fare, ma perficere, ossia fare con completezza, mettendo in campo competenze, che sono poi ciò che serve per fare al meglio quel che si deve

fare in vista dello scopo che si è prefisso, ossia che si è fissato-prima. E qui è quanto meno curioso che – in verità è scontato, ma conviene rammentarlo – “perfectum”, che è sia participio passato di “perficere”, sia aggettivo qualificativo, traduce il termine greco “teleios” piuttosto che “syntelikos”, che rimandano ad azioni compiute e, come tali, definite; termini nei quali risuona “telos”, che significa semplicemente scopo, e quindi fine, la cui realizzazione presuppone l’impiego di mezzi, che sono poi gli strumenti necessari per conseguirlo. In questo modo, la suddivisione traslatica fra teoria e pratica cade perché priva di senso. La progettazione, infatti, proprio perché pro-gettazione preordinata all’ottenimento di un pro-getto e dunque di un risultato compiuto in vista di uno scopo, deve necessariamente pre-figurarsi, ossia figurarsi-prima, tutte le condizioni necessarie per la realizzazione del prodotto atteso. Se così non è, allora la progettazione è altro – in particolare, non è pro-gettazione – e l’azione del progettare è altrofacente».

25. Ult.not.cit.
26. L’apparente contraddizione può e deve essere spinta ancora più a fondo. Se la probabilità dell’evento è pari a 0, allora si è al di fuori dell’area del rischio; se pari al 100%, allora si è in presenza di un evento necessario alla cui realizzazione è inutile opporsi. Detto ciò, è evidente che il rischio indaga ed esplora un campo di azione definito da concetti di limite. Un rischio pari a 0 significa che l’evento è impossibile; se pari al 100% , che l’evento è necessario. Il rischio appartiene dunque al dominio del contingente (C) ossia a quella situazione nella quale è possibile (P) sia che l’evento accada (a) e, congiuntamente sia che esso non accada (-a). In termini logico-formali: $C_a = (P_a \& P_{-a})$.
27. Una regola è regola in senso ellittico. Essa non è affatto una norma espressa in termini deontologici, ma la sintesi della messa in relazione di una serie di azioni preordinate a uno scopo ben determinato. Ne sono un chiaro esempio i manuali d’uso che accompagnano il montaggio degli oggetti. Le regole tecniche, in particolare, rispondono al seguente schema logico: “*se vuoi realizzare il tutto scopo, allora devi intraprendere le azioni a), b),... n-1), n)*”, ove “devi” non ha valore deontico, ma di predeterminazione di mezzo mezzo-a scopo.
28. Per il significato di “*deontico*”, si rimanda agli studi di logica deontica iniziati da Beker, Untersuchungen über den Modalkalcül, Westkultur Verlag Anton Hain, 1952. Di logica deontica e dei relativi predicati “obbligatorio”, “vietato”, “permesso”, e “indifferente” parla fra i primi von Wright (G.H.), in *An Essay in Modal Logic*, North-Holland Pub Co, 1951, pagg. 31. Dedicato all’argomento è *Deontic Logic*, in “Mind”, 1951, pag. 1; i relativi concetti sono poi sviluppati in *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Humanities Press, 1963; *An Essay in Deontic Logic and General Theory of Action*, North Holland Publishing Company, 1968; *Norms, Truth and Logic*, 1982, trad. it. *Norme, Verità e Logica*, in “Logica, informatica e diritto”, 1983. Per una panoramica riassuntiva sulla problematica, da ultimo, Di Bernardo, *Introduzione alla logica dei sistemi normativi*, Il Mulino, 1972; Fraxione, Iaquinto, Vignolo, *Introduzione alle logiche modali*, Laterza, 2016, 53. Per una splendida sintesi della materia, si veda Conte (A.G.), *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962. Anche per i predicati deontici valgono le usuali regole di interdefinibilità, che sono poi un

- sottoprodotto del cosiddetto “quadrato delle modalità deontiche” del tutto isomorfo a quello delle modalità atletiche.
29. Sulla centralità baricentrica del diritto alla salute la giurisprudenza costituzionale è tetragona. Per tutte, Corte cost. 20/04/2020, n. 62, per la quale le «*spese costituzionalmente necessarie, qualità che comporta, dal punto di vista dei vincoli costituzionali al legislatore del bilancio, delle importanti conseguenze: essa costituisce infatti un prius rispetto alla decisione politica, determinando la riduzione della discrezionalità del legislatore, il quale nel processo di allocazione delle risorse è assoggettato al criterio della priorità della spesa pubblica costituzionalmente necessaria*». Nella medesima direzione con portata anticipatoria, rispettivamente, Corte cost. 11/01/2019, n. 6; Corte cost. 17/05/2018, n. 101; Corte cost. 12/07/2017, n. 169; Corte cost. 16/12/2016, n. 275. Per una disamina in materia della dottrina, Forte (C.), Pieroni (M.), *Le sentenze n. 101/2018 e n. 6/2019 della Corte costituzionale: il rapporto tra legge e bilancio e gli effetti delle pronunce sui saldi di finanza pubblica*, in “Forum di quaderni costituzionali”, 2020; Talarico (E.), *Quando le sentenze costituzionali limitano la discrezionalità delle politiche di bilancio del legislatore. Note alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2019*, in “Diritto e conti”, 2019, I.
 30. Popper (K.R.), *Logik der Forschung*, Julius Springer, Berlino, 1934, trad. it. *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Einaudi, Torino, 1970.
 31. Rovelli (C.), *Helgoland*, Adelphi, Milano, 2020, pag. 170 e segg., il quale ha il pregio indubitabile di saper rendere concetti complessi in modo davvero semplice e di immediata comprensione, senza rinunciare alla precisione. D’altro canto che la natura non sia quel che appare fu intuito in tempi non sospetti da Eraclito di Efeso: “*φύσις κρύπτεσθαι φιλεῖ*”, ossia “*la natura ama nascondersi*”.
 32. Nobile (R.), *Il sabba dei “dpcm fotocopia” al cospetto dell’emergenza igienico-sanitaria da COVID-19 e le asimmetrie in tema di responsabilità*, in www.lexitalia.it, 2020: «*Il perché dell’intermediazione di un atto avente forza di legge ex art. 134 Cost. è qui presto detto: i dpcm – come ricordato – altro non sono che provvedimenti amministrativi, talché il loro paradigma di riferimento è dato ed è costituito dalla legge. Ma essi sono anche provvedimenti amministrativi-fotocopia di norme giuridiche ex lege, col che la loro legittimità è assicurata ex necesse perché sostanzialmente è in lege [re] ipsa*».
 33. La centralità autenticamente baricentrica del linguaggio è sempre stata valorizzata dal pensiero occidentale. Solo due richiami: il primo è al *Cratilo* di Platone. Il secondo all’intera parabola filosofica di Ludwig Wittgenstein. Nel *Cratilo*, Platone mette in questione il rapporto fra linguaggio, pensiero e realtà. Il linguaggio contiene in sé infinite saggezze. Esso nasce per imitazione, ma da essa presto si emancipa. La discussione fra Socrate, Cratilo e Ermogene è nota: i nomi nascono da convenzioni e rappresentano oggetti in termini di necessarietà. Da qui il bivio fra due teorie sul linguaggio mutuamente esclusive e congiuntamente esaustive: il linguaggio nasce da convenzioni o esprime contenuti di necessarietà. Su tutto ciò, *ex pluribus*, Aronadio (F.), *I fondamenti della riflessione di Platone sul linguaggio: il Cratilo*, Storia e letteratura, Roma, 2011. Ma è

soprattutto in Wittgenstein (L.), *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1953; trad. it. *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1980, che al linguaggio e alla sua importanza viene restituita la cifra fondamentale gli è propria in quanto tale. Il linguaggio non ha più solo funzione di rappresentare la realtà sulla base dell'asserito isomorfismo fra pensiero-linguaggio-realtà, ma assolve a ben più complesse funzioni.

34. Se ne veda l'inquadramento in Nobile (R.), *Il sabba dei "dpcm fotocopia" al cospetto dell'emergenza igienico-sanitaria da COVID-19 e le asimmetrie in tema di responsabilità*, in www.lexitalia.it, 2020, ove si osserva che «*Enucleato il relativo modello, il legislatore ha trovato il modo di coniugare il principio di legalità dell'azione amministrativa, sancito dall'art. 97, comma 1 Cost., con il principio parimenti previsto dall'art. 23 della medesima fonte di regolazione. E lo ha fatto elidendo nella sostanza il rischio di configurare ipotesi risarcitorie. Che però sono configurabili in pieno per i presidenti delle regioni e per i sindaci qualora attivino i loro poteri di ordinanza, i quali, fatto salvo il caso delle cosiddette ordinanze semplici od ordinarie, consentono loro la sola adozione di ordinanze contingibili e urgenti ai sensi delle norme giuridiche che vogliamo qui rammentare: art. 32 della legge 23/12/1978, n. 833, art. 117 del d.lgs. 31/03/1998, n. 112, e art. art. 50, comma 5 del d.lgs. 18/08/2000, n. 267. Il che introduce nell'ordinamento un'evidente e financo inaccettabile asimmetria fra centri di responsabilità e responsabilità conseguenti*».
35. Nobile (R.), *Breve cronaca di un'epidemia [poi pandemia] annunciata: il caso di COVID-19*, in www.lexitalia.it, 2020.
36. Talvolta la riserva di legge assoluta oltre a essere tale è pure riserva di legge rinforzata, nel senso che l'atto di legge o avente forza di legge può intervenire su un diritto fondamentale della persona solo in direzioni predeterminate dalla legge stessa.
37. Sulla riserva di legge in relazione al caso qui in analisi, Manfrelotti (R.), *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in www.rivistaaic.it, 2021, II; Luccarelli (A.), *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in www.rivistaaic.it, 2020, II; Mazarroli (L.A.), «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale. *Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*», in www.federalismi.it, 2020.

Sulla riserva di legge in generale, si possono vedere oltre alla monografia Piccirilli (G.), *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, Giappichelli, Torino, 2019; Siclari (M.) (ed.), *Il pluralismo delle fonti previste dalla costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Jovene, Napoli, 2012, 213 ss.; Massa (M.), *Regolamenti amministrativi e processo*, Jovene, Napoli, 2011; Sorrentino (F.), *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2007; Stancati (P.), *Legalità (Principio di)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, VIII, Milano, 2007, 688 ss.; D'Amico (M.), *Legalità (Dir. Costituzionale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3365 ss.; Rescigno (G.U.), *Sul principio di legalità*, in "Diritto pubblico", 1995, 247 ss.; Guastini (R.), *Legalità (Principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, 84

ss.; Cerrone (F.), *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 1991; Sandulli (A.M.), *Brevi note in tema di legalità dei regolamenti ministeriali* (1950), ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 29 ss.; Carlassare (L.), *Legalità (Principio di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, 1 ss.; Sorrentino (F.), *Lezioni sulla riserva di legge*, I e II, Genova, 1980; Merz (S.), *Osservazioni sul principio di legalità*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 1976, 1355 ss.; Modugno (F.), *Legge in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 872; Di Giovine (A.), *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1969; Satta (F.), *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Cedam, Padova, 1969; Carlassare (L.), *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966; Mortati (C.), *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964; Amato (G.), *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Giuffrè, Milano, 1962; Sandulli (A.M.), *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente* (1958), ibidem, 65 ss.; Sandulli (A.M.), *Legge* (1963), ibidem, 115 ss..

38. Sull'art. 23 della Costituzione, Morana (D.), *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Giuffrè, Bologna, 2007; Fedele (A.), *Commento all'art. 23 della Costituzione*, in Branca (G.), Pizzorusso (A.) (ed.), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Milano, 1981.
39. Sul potere di ordinanza ci sia qui consentito rimandare a due nostri precedenti interventi: Nobile (R.), *Le ordinanze del Sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in www.lexitalia.it, 2009, e Nobile (R.), *Ordinanze del sindaco in materia di sicurezza urbana: annotazioni di sistema dopo la sentenza della Consulta n. 115/2011*, in "Comuni d'Italia", 2011. Il riferimento alla legge e agli atti aventi forza di legge determina che tutta l'attività provvedimentale della pubblica amministrazione è e deve essere sorretta dal principio della tipicità, col che ogni scelta amministrativa deve trovare nella platea dei provvedimenti amministrativi tipici la propria possibilità di intervento. Ora, siccome tutto ciò è contro il principio di realtà, l'ordinamento consente la possibilità di creazione in via amministrativa di provvedimenti dai contenuti atipici – e come tali non riconducibili ad alcuno degli archetipi provvedimentali ex lege scripta – in situazioni di urgenza, atti di per sé idonei a imporre vere e proprie prestazioni di fare e di non fare, le quali, proprio perché imposte dall'autorità, devono superare il raffronto con l'art. 23 Cost.; il tutto con limiti ben precisi: la novità del contenuto, la proporzionalità e l'adeguatezza della risposta amministrativa al suo presupposto di fatto, la temporalità del provvedimento amministrativo, la chiarezza della modalità di intervento, l'intensità della motivazione, e comunque il rispetto dei principi generali dell'ordinamento oltre che, beninteso, l'adeguatezza allo scopo.

Sul punto, la giurisprudenza della Corte costituzionale è sempre stata chiara, a partire dalla storica sentenza 02/07/1956, n. 8: «Tali canoni, che la Corte ritiene che si debbano tener presente, possono così riassumersi: efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il

provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell'ordinamento giuridico», per poi dipanarsi, a esempio, nelle sentenze 27/05/1961, n. 26, 04/01/1977, n. 4, fino a per giungere alle sentenze 01/07/2009, n. 196 e 07/04/2011, n. 115, solo per rammemorare le più significative.

Per la giurisprudenza più recente in materia di ordinanza contingibili e urgenti, *ex multis*, Consiglio di stato, sez. IV – 11/01/2021, n. 344; Consiglio di stato, sez. II, 11/07/2020, n. 4474; Consiglio di stato, sez. V, 29/05/2019, n. 3580; Consiglio di stato, sez. VI, 29/04/2019, n. 2696; Consiglio di stato, sez. V, 12/06/2017, n. 2799; Consiglio di stato, sez. V, 21/02/2017, n. 774; Consiglio di stato, sez. V, 04/02/2015, n. 533; Consiglio di stato, sez. V, 03/06/2013, n. 3024; Consiglio di stato, sez. VI, 31/05/2013, n. 3007; Consiglio di stato, sez. V, 25/05/2012, n. 3077; Consiglio di stato, sez. V, 16/02/2010, n. 868; Consiglio di stato, sez. V, 20/02/2012, n. 904.

40. Consiglio di Stato sez. VI, 18/02/2015, n. 823.
41. Obbligatorio è quel comportamento del quale è vietata l'omissione: vietato è quel comportamento del quale è obbligatoria la commissione. Un comportamento semplicemente permesso è tale per cui non ne è obbligatoria l'omissione, ovvero non ne è vietata la commissione; indifferente è quel comportamento del quale è congiuntamente permessa sia la commissione, sia l'omissione.
42. Su tutto ciò, Tarello (G.), *L'interpretazione della legge*, in Cicu (A.) e Messineo (F.) (ed.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1980.
43. Che poi, in verità, vi sono stati, ma entro numeri contenuti e rilevati con modelli statistici discutibili. Ciò che è morta è stata la tenuta dei sistemi sanitari, letteralmente finiti fuori controllo. E questo è un fatto innegabile.
44. Il principio di tassatività vale anche per gli illeciti amministrativi depenalizzate dalla legge 24/11/1981, n. 689: «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati».
45. Il riferimento è alle inedite forme di *soft law* introdotte nell'ordinamento allo scopo di attuare forme altrettanto inedite di delegificazione. Il primo esempio di delegificazione, che però è legislativamente più che assistito e non è affatto una forma di *soft law*, è quello dell'art. 17, comma 2 della legge 23/10/1988, n. 400. Ne sono seguite di più emblematiche. Le forme di cosiddetta *soft law* sono criticabili, soprattutto in un ordinamento giuridico, nel quale l'azione amministrativa è sorretta, supportata e circoscritta dal principio di legalità ex art. 97 Cost.. Esse appaiono *prima facie* ispirate a intenti semplificatori, ma in realtà sono il prodotto di pigrizia legislativa e regolamentare. Sulla fattispecie, Chiarelli (M.), *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in www.federalismi.it, 2019; Pizzorusso (A.), *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008; Mostacci (E.), *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, il quale vi afferma che «l'espressione in parola non allude a un concetto stabile e ben sedimentato (...) al contrario, nell'uso corrente,

essa mostra di avere un significato a volte vago, altre autonomamente interpretato, senza che sembri rintracciabile un centro di gravità attorno al quale le accezioni del termine convergano in modo coerente».

46. Se ciò non accade, allora si è in presenza di vere e proprie forme di esoterismo legislativo, che ha i propri ministri di culto e i cui effetti ricadono su destinatari ignari delle conseguenze delle proprie azioni perché essi non sono in grado di comprenderne la qualificazione *ex lege*. La sanzione comminata diviene fatalmente sanzione subita e, come tale, percepita come sanzione ingiusta.
47. Un esempio vale, per tutti, a chiarire quel che vogliamo intendere. Nel testo dell'art. 3, comma 2 del d.l. 25/03/2020, n. 19, convertito nella legge 22/05/2020, n. 35 si legge testualmente che «*I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1*». Al divieto categorico e non suscettibile a flessione ha però cercato di fare immediata retromarcia il ministero dell'interno con la circolare esplicativa 26/03/2020, n. 15350/117, fondata sul presupposto – peraltro non esplicitamente citato – che il potere di ordinanza sindacale è potere ascritto in via generale dagli artt. 50, comma 5 e 54, comma 4 del d.lgs. 18/08/2000, n. 267, ma alla quale è facile controbattere che *lex posterior specialis derogat legi priori generali*, ossia che la forza derogatoria dello *ius superveniens* è qui derogatoria in modo non semplice, ma duplice perché si è qui in presenza di norme speciali a contenuto limitativo. Osservazione alla quale si può agevolmente aggiungere che l'efficacia cogente delle circolari ministeriali per gli enti locali è nulla, e che averla adottata è fonte di ulteriore confusione e non di chiarimento.
48. Nobile (R.), *Il sabba dei "dpcm fotocopia" al cospetto dell'emergenza igienico-sanitaria da COVID-19 e le asimmetrie in tema di responsabilità*, in www.lexitalia.it, 2020: «*Ed è proprio per queste ragioni che con l'art. 4, comma 1 del d.l. 25/03/2020, n. 19, convertito nella legge 22/05/2020, n. 35 è stata eliminata la sanzione penale per violazione ai provvedimenti amministrativi anti COVID-19 ex art. 650 c.p. perché in quella sede il giudice ben avrebbe potuto conoscere incidentalmente il contenuto della misura amministrativamente adottata, dichiararla illegittima incidenter tantum e quindi mandare assolto in termini del tutto consequenziali l'imputato perché il fatto non sussiste [a questo proposito, si ricordi la natura giuridica di norma penale in bianco tipica dell'art. 650 c.p.]*». Come dire, il diavolo fa le pentole, ma non i coperchi. Sul punto qualche sentenza v'è stata; a esempio, Tribunale di Reggio Emilia - Sezione GIP-GUP 27/01/2011; Giudice di Pace di Frosinone, 29/07/2020, n. 516.
49. Sul punto, è utile fare riferimento a Tarello (G.), *L'interpretazione della legge*, in Cicu (A.) e Messineo (F.) (ed.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1980, 188, del quale si raccomanda la lettura attenta e meditata. Qui ne vogliamo riportare il testo *per tabulas*: «*la definizione chiamata ri-definizione o anche definizione esplicativa è quella mediante la quale viene assunto, ad esempio, per ottenere i vantaggi della tecnicizzazione, un significato preciso tra i diversi ed eventualmente imprecisi significati di un vocabolo*» [...]

«La definizione stipulativa è quella definizione con cui si conferisce, si dà, si pone, il significato di un termine; essa si pratica sia quando viene introdotto un termine nuovo [...] sia quando, pur definendo un vocabolo usato, lo si definisce in modo nuovo – senza rapporto con il suo uso lessicale o comunque senza che il rapporto con il suo uso lessicale sia rilevante – per ragioni scientifiche. Il discorso definitorio stipulativo appartiene ovviamente al linguaggio in funzione precettiva».

50. Sono esempi di utilizzazioni frammiste di termini tecnico-giuridici e termini che di giuridico hanno niente a che fare l'impiego del nome "mercato" nell'art. 1, comma 10, lett. ff) del dpcm 03/12/2020. Peggio ancora è il caso del nome "abitazione", termine colloquiale privo di rilevanza giuridica, accostato a "residenza" e di "domicilio", i quali compaiono addirittura nell'art. 1, comma 2 del 02/12/2020, n. 158, a proposito dell'ammissibilità degli spostamenti leciti e come tali non sanzionabili sul territorio nazionale. Che dire poi del termine "congiunti", che ha interrogato i semiologi perché significa tutto e il contrario di tutto. Il riferimento è ovviamente da barzelletta, con la sola differenza che qui lo spazio per ridere non v'è.
51. Wittgenstein (L.), *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1953, trad. ingl. *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford, 1953, trad. it. *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1980, 137.

La sentenza T-238/2020. Gli aiuti di Stato all'industria del trasporto aereo durante la pandemia da Covid-19

Giacomo Pisani

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-17

Il contributo analizza la sentenza T-238/2020 con la quale il Tribunale dell'Unione europea ha respinto il ricorso promosso da Ryanair DAC richiedente l'annullamento della decisione C(2020) 2366 final, dell'11 aprile 2020, relativa all'aiuto di stato concesso dal Regno di Svezia a favore delle compagnie con licenza svedese. Il Tribunale, a seguito della disamina dei quattro motivi di ricorso, ha deciso di respingerlo ritenendo le modalità di concessione, e l'obiettivo per il quale è stata adottata la misura, perfettamente compatibili con il diritto dell'Unione.

Case T-238-2020. State aid and the airline companies during the Covid-19 pandemic

The paper analyzes judgment T-238/2020 whereby the General Court rejected the appeal filed by Ryanair DAC. With the appeal, the low-cost airlines sought to obtain the annulment of the European Commission's decision C (2020) 2366 final approving state aid granted by the Kingdom of Sweden to airlines with Swedish licenses. The General Court rejected the appeal as the concession procedures and the purpose of the measure were considered compatible with EU law.

1. Premessa

Il contributo si concentrerà sull'analisi del primo e del secondo motivo di ricorso, i quali contengono gli spunti più interessanti in materia di aiuti di stato.

Con il terzo e il quarto motivo sono state sollevate censure relative alla violazione dei diritti procedurali *ex art 108, par. 2, TFUE* (terzo motivo) e violazione

dell'obbligo di motivazione *ex art. 296, c. 2, TFUE* (quarto motivo).

Il Tribunale ha ritenuto di non doversi dilungare sulla loro disamina, respingendo il terzo motivo perché privo di contenuto autonomo. La ricorrente, ai fini della salvaguardia dei propri diritti procedurali può infatti invocare *«unicamente motivi di ricorso idonei a dimostrare che la valutazione delle informazioni e degli elementi di cui la Commissione disponeva o poteva disporre, nella fase di esame preliminare della misura notificata, avrebbe dovuto far sorgere dubbi quanto alla compatibilità di quest'ultima con il mercato interno»*^[1].

In relazione al quarto motivo, il Tribunale ha ritenuto che la Commissione non abbia violato l'obbligo di motivazione, in quanto *«[...] ha esposto, anche se talora solo succintamente, in considerazione dell'urgenza, le ragioni per le quali il regime di aiuti in questione soddisfaceva i requisiti posti dall'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE e, in particolare, perché i criteri di ammissibilità, tra cui quello del possesso al 1° gennaio 2020 di una licenza svedese, erano necessari, adeguati e proporzionati»*^[2].

2. Il fatto

Il 3 aprile 2020 il Regno di Svezia ha notificato alla Commissione una misura di aiuto di stato^[3], *ex art. 108, par. 3, TFUE*, sotto forma di garanzia sui prestiti a determinate compagnie aeree. Lo scopo della misura è quello di assicurare alle compagnie aeree titolari di una licenza rilasciata dalle autorità svedesi sufficiente liquidità *«per evitare che i turbamenti causati dalla pandemia [...] compromettano la loro redditività e per preservare la continuità dell'attività economica»*^[4].

Le compagnie che beneficeranno di tale misura saranno soltanto quelle titolari, al 1° gennaio 2020, di una licenza svedese per esercitare l'attività *ex art. 3, regolamento 1008/2008/CE*, cioè quelle compagnie che hanno *«il loro "principale centro di attività" in Svezia e che la loro situazione finanziaria fosse oggetto di un controllo regolare da parte dell'autorità nazionale»*^[5].

La misura, che configura un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, par. 1, TFUE, è stata valutata^[6] compatibile con le regole del mercato interno dalla Commissione in base alla comunicazione del 19 marzo 2020 *«Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno nell'attuale emergenza del*

COVID-19»^[7].

Secondo i giudici del Tribunale la compatibilità con il mercato interno, e la conformità al regolamento, sono dovute al fatto che le prestazioni svolte dalle compagnie aeree, possibili destinatarie della misura, potrebbero avere «*un ruolo importante nella connettività del Paese*»^[8]. La Commissione ha infatti ritenuto che «*i criteri di ammissibilità al beneficio della misura sarebbero rilevanti per individuare le compagnie aeree che hanno un legame con la Svezia*»^[9], le quali contribuiscono «*ad assicurare la connettività, conformemente all'obiettivo del regime di aiuti di stato in questione*»^[10].

La misura predisposta è perciò necessaria, adeguata e proporzionata, perché finalizzata a porre rimedio ad «*un grave turbamento dell'economia*»^[11]; soddisfa altresì tutte le condizioni previste dal punto 3.2. del Quadro temporaneo^[12], per cui perfettamente «*compatibile con il mercato interno conformemente all'articolo 107, paragrafo 3, lettere b), TFUE*»^[13].

Ryanair, con atto depositato in cancelleria il 1° maggio 2020, ha dedotto quattro motivi di ricorso.

3. Il primo motivo di ricorso

Il primo motivo si compone di quattro parti. Con le prime viene censurata la violazione dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di proporzionalità, mentre le ultime due censurano la violazione del principio di libera prestazione dei servizi.

3.1. Le prime due parti del motivo

La misura adottata dal Regno di Svezia «*consiste nella concessione di una garanzia statale a favore di compagnie aeree in possesso, al 1° gennaio 2020, di una licenza svedese, ad eccezione di quelle la cui attività principale consiste nell'operare voli charter, il che implica che il loro «principale centro di attività» si trovi in Svezia (v. punto 26 infra) quando esse chiedono prestiti presso istituti bancari. Tale regime è limitato nel tempo (fino al 31 dicembre 2020) e nel suo importo (5 miliardi di SEK)*»^[14].

Nel proprio ricorso, Ryanair ha fondato la censura relativa alla discriminazione territoriale su due elementi: a) il criterio di possesso di una “licenza svedese,” cioè

di una licenza «rilasciata, ai sensi dell'articolo 3 del regolamento n. 1008/2008, dalle autorità svedesi»^[15] con la conseguenza che, utilizzando l'espressione "licenza svedese", si sarebbe «fatto ricorso a un concetto estraneo al diritto dell'Unione europea»^[16]; b) per poter ottenere una "licenza svedese" è necessario che il «principale centro di attività»^[17], come definito all'art. 2, p. 26, regolamento n. 1008/2008, sia «nello Stato membro in cui sono esercitate le principali funzioni finanziarie e il controllo operativo, compresa la gestione del mantenimento dell'aeronavigabilità, di tale vettore aereo»^[18]. Ciò significa che una compagnia aerea potrà costituire un solo principale centro di attività e che, quindi, potrà esserle rilasciata solo una licenza da parte delle autorità dello Stato membro.

Il Tribunale, in via preliminare, ha rilevato «che, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE, possono considerarsi compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati, in particolare, a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro»^[19], aspetto che risulterà poi fondamentale come elemento discriminante nelle decisioni della Corte.

3.1.1. Discriminazione in base alla nazionalità

La discriminante dell'essere in possesso di una "licenza svedese", per poter accedere alla misura, implica l'attuazione di un trattamento diverso per le compagnie con il principale centro di attività situato in Svezia, rispetto alle compagnie che, pur operando in Svezia, verso la Svezia e dalla Svezia, non sono invece in possesso della "licenza svedese".

La ricorrente ha affermato che «tale differenza di trattamento possa essere assimilata a una discriminazione ai sensi dell'articolo 18, primo comma, TFUE»^[20], norma secondo la quale «è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità nel campo di applicazione dei trattati»^[21].

In via preliminare, si deve precisare che la misura in questione ha lo scopo di porre rimedio al grave turbamento dell'economia svedese causato dalla pandemia di Covid-19, garantendo i collegamenti da e verso la Svezia, mediante il trasporto aereo. Infatti, la misura è volta ad assicurare che le compagnie aeree titolari di una "licenza svedese", e che effettuano voli di linea^[22] importanti per garantire i collegamenti all'interno del Paese, possano disporre della liquidità sufficiente per garantire la continuità dei medesimi collegamenti.

In relazione alle modalità di concessione dell'aiuto, ed al fatto che queste non eccedano quanto è necessario per conseguire l'obiettivo della misura, occorre rilevare quanto segue: che la misura in questione consiste nella concessione di una garanzia statale sui prestiti bancari alle compagnie aeree; che ha una durata massima di sei anni; infine, che questa misura è stata adottata in forza del punto 3.2 del Quadro temporaneo, intitolato «Aiuti sotto forma di garanzie sui prestiti»^[23].

Inoltre, sullo sfondo vi sempre è il medesimo Quadro temporaneo, e precisamente il punto 5, il quale dà alle banche e gli altri intermediari finanziari un ruolo fondamentale nel far fronte agli effetti dell'epidemia di Covid-19.

Venendo alla prima censura, la ricorrente sostiene che la misura, non dimostrando quale siano le necessità di assegnare l'aiuto sulla base del possesso di una "licenza svedese", avrebbe violato violando il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità^[24].

Il Tribunale ha respinto la censura mossa dalla ricorrente per tre ragioni.

In primo luogo, in relazione all'adeguatezza della misura di aiuti di stato. Infatti, consistendo la misura nel rilascio di garanzie statali sui prestiti bancari, risulta più che «normale che lo Stato membro interessato cerchi di assicurarsi che le compagnie aeree ammissibili alla garanzia abbiano una presenza stabile, affinché esse possano essere presenti sul territorio svedese per onorare i prestiti concessi, di modo che la garanzia statale intervenga il meno possibile»^[25]

Come appunto confermato dalla Commissione, «il criterio del possesso di una licenza svedese [...] consente di assicurare una certa stabilità della presenza, quantomeno amministrativa e finanziaria [...] di modo che le autorità dello Stato membro che concede l'aiuto possano controllare le modalità del suo utilizzo [...] il che non sarebbe avvenuto se il Regno di Svezia avesse adottato un altro criterio che consentisse l'ammissibilità di compagnie aeree operanti sul territorio svedese in quanto semplici prestatori di servizi [...], atteso che una prestazione di servizi può, per definizione, cessare in termini molto brevi, se non immediatamente»^[26].

In secondo luogo, in relazione alle modalità di concessione della misura. Queste riflettono l'obbligo e la possibilità per le autorità svedesi di effettuare un controllo finanziario dei beneficiari, possibilità che invece sarebbe preclusa, in quanto le medesime autorità nazionali non avrebbero alcuna competenza^[27] su di esse, nei confronti delle compagnie che non sono in possesso di una "licenza

svedese»^[28].

In terzo luogo, ed in relazione alla nozione di “principale centro di attività”, il Tribunale ha ritenuto che essa corrispondesse alla nozione di sede sociale^[29] e che, nonostante un cambiamento di sede sociale possa avvenire in maniera relativamente celere, non si deve tuttavia dimenticare l’art. 2, punto 26, del regolamento n. 1008/2008 il quale ha precisato, in relazione al mantenimento dell’aeronavigabilità, che questa «*deve essere effettuata dal luogo del principale centro di attività, vale a dire, nella fattispecie, in Svezia*»^{[30][31]}. Tali disposizioni, infatti, stabiliscono quali siano gli obblighi normativi reciproci, tra le compagnie in possesso di una “licenza svedese” e le autorità svedesi, che si possono tradurre in un legame specifico e stabile tra di esse. e che permette di soddisfare «*adeguatamente i requisiti prescritti all’articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE, i quali richiedono che l’aiuto ponga rimedio a un grave turbamento dell’economia dello Stato membro interessato*»^[32].

Il Regno di Svezia, adottando tale criterio, congiuntamente all’inammissibilità per le compagnie che effettuano voli charter, ha voluto «*assicurarsi dell’esistenza di un legame permanente tra sé e le compagnie aeree beneficiarie della sua garanzia*»^[33], legame invece che non sarebbe esistito con compagnie operanti con una “licenza non svedese”.

In conclusione, il Tribunale ha ritenuto la misura in questione idonea «*a conseguire l’obiettivo di porre rimedio al grave turbamento dell’economia di tale Stato membro*»^[34].

3.1.2. Violazione del principio di proporzionalità

Passando alla violazione del principio di proporzionalità, Ryanair ha sostenuto che non sempre la presenza del principale centro di attività in un determinato Stato membro coincide con una forte presenza commerciale in tale territorio.

Il Tribunale ha preliminarmente precisato che «*il duplice requisito di una licenza svedese e del collegamento del territorio svedese mediante voli di linea è il più idoneo a garantire la presenza permanente di una compagnia aerea in tale territorio, con l’assicurazione, grazie a tale licenza, che il principale centro di attività di tale compagnia si troverà in detto territorio e che sarà destinato a mantenersi tenuto conto dei collegamenti aerei di linea summenzionati*»^[35].

Ancora il Tribunale, in considerazione dei dati relativi al trasporto di passeggeri e di merci, della necessità di mantenere un collegamento interno ed esterno al territorio svedese, e della volontà sottesa alla misura di garantire la presenza di un legame durevole con il medesimo territorio, ha ritenuto corretta la valutazione della Commissione *«nel ritenere che il regime di aiuti in questione non andasse al di là di quanto era necessario per conseguire l'obiettivo perseguito dalle autorità svedesi»*^[36], obiettivo fondamentale visto l'elevato calo del traffico aereo negli aeroporti svedesi registrato alla fine del mese di marzo 2020.

Sulla base di queste premesse, secondo il Collegio la ricorrente ha errato nel ritenere che la Commissione fosse *«incorsa in un errore di valutazione nell'affermare che l'obbligo per il beneficiario di detto regime di avere il proprio principale centro di attività in Svezia era rilevante per conseguire tale obiettivo e individuare le compagnie aeree che «contribui[vano] a garantire la connettività della Svezia»*^[37]. Seguendo tale impostazione, Ryanair non ha tenuto in considerazione quale fosse l'obiettivo della misura in questione - quello di porre rimedio al grave turbamento dell'economia svedese - e non ha tenuto neanche in considerazione il fatto che il collegamento con il Paese non è assicurato unicamente dal trasporto aereo di passeggeri (da e verso la Svezia), bensì anche dal trasporto aereo di merci e dal trasporto aereo interno di passeggeri.

L'altro elemento che conferma la proporzionalità della misura in questione è l'aspetto temporale, inerente all'obiettivo perseguito dal regime di aiuti in questione. Infatti, se pur vero che Ryanair prima dell'adozione della misura *«contribuiva in maniera tangibile alla connettività della Svezia, nonostante tale contributo fosse tutto sommato abbastanza limitato»*^{[38][39]}, non si può non ricordare che *“la concessione di fondi pubblici nell'ambito dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE presuppone che l'aiuto fornito dallo Stato membro interessato, pur in grave difficoltà, possa porre rimedio ai turbamenti della sua economia»*^[40], presupponendo altresì che *“venga presa in considerazione in modo globale la situazione delle compagnie aeree in grado di consentire la ripresa di detta economia e, in particolare, di contribuire alla connettività della Svezia, il che conferisce ancor più rilevanza al criterio di un legame stabile con il territorio di detto Stato»*^[41].

Quindi, anche in considerazione della non illimitata capacità finanziaria dello Stato e delle risorse da distribuire, devono essere individuate delle priorità a cui

rispondere, concentrandosi quindi su compagnie aeree che, seppur più piccole di Ryanair, «*si concentravano sul collegamento interno del territorio svedese*»^[42].

Perciò la misura in questione non può essere considerata contraria al principio di proporzionalità perché, alla luce dell'obiettivo del regime di aiuti in questione, «*tali compagnie rivestono un'importanza particolare per la connettività*»^[43] della Svezia.

A maggior ragione la Corte ha precisato che il contributo ai collegamenti, da e verso la Svezia, di una compagnia aerea non incentrata sul trasporto aereo interno, e il cui principale centro di attività si trova in un altro Stato membro, crea sicura incertezza in relazione al fatto che tale impegno «*sarebbe stato mantenuto dopo la crisi, quand'anche fosse stato ad essa concesso il beneficio della garanzia statale*»^[44]: la situazione della ricorrente, al momento della decisione impugnata, fornisce un esempio in tal senso^[45].

Ne consegue che il Tribunale, concludendo sulla presunta violazione del principio di proporzionalità, ha ritenuto che la ricorrente abbia fondato «*una parte della sua linea argomentativa sull'ipotesi di un regime di aiuti alternativo basato sulle rispettive quote di mercato delle compagnie aeree*». Ciò però, secondo la costante giurisprudenza europea^[46], esula dalle competenze della Commissione, che «*non deve pronunciarsi in astratto su tutte le misure alternative contemplabili, poiché, sebbene lo Stato membro interessato debba esporre in modo circostanziato le ragioni che hanno presieduto all'adozione del regime di aiuti in questione, in particolare per quanto riguarda i criteri di ammissibilità adottati, esso non è tuttavia tenuto a dimostrare, in positivo, che nessun'altra misura immaginabile, per definizione ipotetica, possa consentire di garantire in modo migliore l'obiettivo perseguito*»^[47]. Quindi, se lo stesso Stato non è soggetto a un tale obbligo, non può ritenersi legittimo imporre alla Commissione di svolgere una simile valutazione, al fine di esaminare tutte le possibili misure alternative adottabili.

Occorre, dunque, respingere gli argomenti della ricorrente relativi alla mancanza di adeguatezza e di proporzionalità del regime di aiuti in questione. Infatti, la Commissione, nella decisione impugnata, ha approvato «*un regime di aiuti volto effettivamente a porre rimedio al grave turbamento dell'economia di uno Stato membro e che non eccede, nelle sue modalità di concessione, quanto era necessario per conseguire l'obiettivo di detto regime*»^[48].

2.2. Sulle ultime due parti del primo motivo

Con le ultime due parti del primo motivo, la ricorrente ha sostenuto che la restrizione alla libera prestazione di servizi, messa in atto dalla misura in questione, non sarebbe giustificata.

Infatti, l'obiettivo di far fronte alla crisi economica causata dalla pandemia, e la necessità di preservare i collegamenti aerei da e verso la Svezia, non sarebbe una giustificazione sufficiente per una misura destinata ad aiutare «unicamente le compagnie aeree in possesso di una licenza svedese, dal momento che le compagnie aeree operanti in Svezia in forza di una licenza rilasciata da un altro Stato membro sarebbero altrettanto importanti a tal fine»^[49].

Ciò, infatti, non avrebbe alcun effetto positivo sull'economia svedese ed al contrario, come unica conseguenza, avrebbe invece quella di indebolire la concorrenza, aggravando i danni causati dalla pandemia da COVID-19: la misura adottata limiterebbe la possibilità, per vettori "non svedesi", di fornire liberamente servizi aerei in Svezia.

Il Collegio ha respinto anche questa seconda parte del primo motivo. A detta del Tribunale, nonostante sia precluso l'accesso alla misura in questione alle compagnie "non svedesi", la ricorrente non ha tuttavia dimostrato quali siano gli elementi di fatto o di diritto in conseguenza dei quali il regime di aiuti in questione produrrebbe effetti restrittivi.

In secondo luogo, Ryanair non ha nemmeno dimostrato come l'esclusione dalla misura sia stata la ragione per cui essa abbia deciso di non effettuare più servizi aerei da e verso la Svezia tanto più che, per pure ragioni commerciali non legate alla misura in questione, la ricorrente aveva già progressivamente ridotto la propria attività nel territorio svedese^[50].

4. Il secondo motivo di ricorso

Ryanair ha lamentato^[51] un mancato bilanciamento tra gli effetti positivi, in termini di realizzazione degli obiettivi enunciati all'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, e gli effetti negativi, in termini di distorsione della concorrenza e di impatto sul commercio tra gli Stati membri. Ciò si tradurrebbe in «un errore manifesto di valutazione dei fatti e quindi un motivo sufficiente per annullare la decisione impugnata»^[52].

Il Tribunale ha respinto anche questo secondo motivo di ricorso.

Infatti, alla luce del tenore letterale dell'art. 107, par. 3, lett. b), della giurisprudenza europea formatasi sulla medesima disposizione normativa^[53], e della fattispecie in giudizio^[54], il Collegio è giunto alla conclusione che l'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, «*non richiede che la Commissione proceda a un bilanciamento tra gli effetti benefici dell'aiuto e i suoi effetti negativi sulle condizioni degli scambi e sul mantenimento di una concorrenza non falsata*»^[55].

In altri termini, un simile bilanciamento non avrebbe ragion d'essere nell'ambito dell'art. 107, par. 3, lettera b), TFUE, in quanto il risultato del bilanciamento si presume positivo: più in particolare, il fatto che uno Stato membro riesca a porre rimedio a un grave turbamento della sua economia non può infatti che andare a beneficio dell'Unione in generale, e del mercato interno in particolare.

A maggior ragione, ed al fine di imputare un tale obbligo di bilanciamento in capo alla Commissione, non solo non può essere invocata la sentenza *HH Ferries e a./Commissione*^[56], ma non può nemmeno essere invocata l'obbligatorietà di un bilanciamento sulla base del "Quadro temporaneo" innanzi richiamato. Infatti il punto 1.2^[57] di quest'ultimo, relativo alla «necessità di uno stretto coordinamento europeo delle misure di aiuto nazionali», richiama esclusivamente il punto 10, il quale non prevede alcun obbligo in capo alla Commissione di effettuare un simile bilanciamento.

5. Conclusioni

La sentenza analizzata, la prima pronuncia del Giudice europeo sugli aiuti di Stato concessi alle compagnie aeree durante la crisi economica causata dal Covid-19, crea un precedente che sicuramente avrà forti ripercussioni nella valutazione di ulteriori misure di aiuti di Stato, che saranno concesse durante eventuali e future crisi del mercato economico europeo.

Non solo. La sentenza T-238/20 è la prima di una serie di sentenze che il Tribunale di primo grado pronuncerà in materia di aiuti di Stato al settore aereo. Ryanair ha infatti intrapreso una vera e propria "battaglia legale" contro la Commissione, e gli analoghi aiuti di Stato concessi da Francia, Danimarca, Italia, Germania e altri Stati membri, per far fronte alla forte crisi di liquidità in cui sono incorse le rispettive "compagnie di bandiera".

Ad oggi l'azione legale di Ryanair non si ferma, dal momento che è stato

proposto ricorso in Corte di Giustizia (C-209/202), contro la sentenza qui commentata.

Soltanto il contenuto delle prossime pronunce giurisprudenziali potrà dire se il più alto grado della giustizia europea giungerà alle stesse conclusioni, considerando compatibili con il diritto europeo aiuti di stato che probabilmente in passato, e sopra tutto in assenza di una crisi pandemica come quella odierna, sarebbero stati considerati contrari al diritto UE.

1. T-238/20 § 83.
2. T-238/20 § 80.
3. Aiuto di Stato SA.56812 (2020/N) – Svezia – COVID-19: regime di garanzie sui prestiti alle compagnie aeree.
4. T-238/20 § 1.
5. T-238/20 § 3.
6. Decisione C (2020) 2366 final.
7. GU 2020, C 91 I, pag. 1 e modificata il 3 aprile 2020 GU 2020, C 112 I, pag. 1.
8. T-238/20 § 3.
9. T-238/20 § 3.
10. T-238/20 § 3.
11. T-238/20 § 3.
12. Comunicazione del 19 marzo 2020, intitolata «*Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*» (GU 2020, C 91 I, pag. 1), e modificata il 3 aprile 2020 (GU 2020, C 112 I, pag. 1).
13. T-238/20 § 3.
14. T-238/20 § 25.
15. T-238/20 § 25.
16. T-238/20 § 25.
17. La nozione di “principale centro di attività” corrisponde, in pratica, alla sede sociale di detto vettore: si veda, sul punto, sentenza del 18 marzo 2014, *International Jet Management*, C-628/11, punto 66.
18. T-238/20 § 26.
19. T-238/20 § 28.
20. T-238/20 § 31.
21. T-238/20 § 31.
22. Gli aiuti non saranno concessi alle compagnie aeree che, pur in possesso di una “licenza svedese”, svolgono come loro attività principale voli charter.
23. T-238/20 § 35.
24. T-238/20 § 38.
25. T-238/20 § 40.

CERIDAP

26. T-238/20 § 40.
27. Il tutto conformemente agli obblighi derivanti dagli artt. 5 e 8, par. 2, regolamento n. 1008/2008/CE.
28. T-238/20 § 41.
29. Si veda T-238/20, § 26.
30. T-238/20 § 42.
31. Considerazione corroborata dagli artt. 5, 7 e 8, regolamento 1008/2008.
32. T-238/20 § 42.
33. T-238/20 § 43
34. T-238/20 § 44.
35. T-238/20 § 45.
36. T-238/20 § 46.
37. T-238/20 § 49.
38. T-238/20 § 50.
39. La sua quota di mercato nel trasporto aereo di passeggeri, in relazione alla Svezia, era pari a circa il 5%.
40. T-238/20 § 50.
41. T-238/20 § 50.
42. T-238/20 § 50.
43. T-238/20 § 50.
44. T-238/20 § 51.
45. Dagli elementi del fascicolo processuale risulta infatti che la quota di mercato della ricorrente non ha cessato di diminuire, passando dall'11,8% al 5%, e che essa intendeva ridurre la sua presenza fisica nel territorio svedese a una sola base (*Göteborg*), nella quale, secondo il punto 14 dell'atto di ricorso, essa aveva un solo velivolo.
46. Si veda sentenza del 6 maggio 2019, *Scor/Commissione*, T-135/17, non pubblicata, p. 94 e giurisprudenza ivi citata.
47. T-238/20 § 51.
48. T-238/20 § 56.
49. T-238/20 § 60.
50. Si veda T-238/20 § 51.
51. Punti da 94 a 102 dell'atto di ricorso
52. T-238/20 § 66.
53. Sentenza del 22 settembre 2020, *Austria/Commissione*, C-594/18 P, EU:C:2020:742, punti 20 e 39.
54. nel quale lo Stato membro si trova *“effettivamente a far fronte a un grave turbamento della sua economia e che le misure di aiuto adottate per porre rimedio a tale turbamento siano, da un lato, necessarie a tal fine e, dall'altro, adeguate e proporzionate, si presume che dette misure siano adottate nell'interesse dell'Unione*
55. T-238/20 § 68.
56. T-68/15, EU:T:2018:563, punti da 210 a 214) in quanto in tale sentenza il Tribunale non

CERIDAP

ha preso in considerazione le conseguenze della differenza testuale tra l'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), e l'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), TFUE.

57. Relativo alla «necessità di uno stretto coordinamento europeo delle misure di aiuto nazionali».

Second half of the ninth legislature: challenges and potential opportunities for the European Union

Giancarlo Vilella

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-11

Quando l'Unione Europea tornerà dopo la pausa estiva (la rentrée), nel settembre 2021, inizierà la seconda metà della nona legislatura e la seconda metà del mandato della Commissione europea presieduta da Ursula von der Leyen: le sfide sono enormi, i progetti in corso sono numerosi e complessi e tutte le istituzioni europee sono chiamate a far fronte a una situazione certo delicata ma ricca di stimoli e potenzialità. Innanzitutto, la Conferenza sul futuro dell'Europa deve essere portata a termine con successo: qui è in gioco non solo la credibilità dell'Unione, ma anche la sua capacità di tenere saldamente il timone nei prossimi anni. Allo stesso tempo, ma sempre strettamente legata alla Conferenza, c'è la questione della difesa dei valori fondanti dell'Unione, in particolare lo stato di diritto e la non discriminazione, che sono oggetto di controversie con alcuni Stati. C'è poi la necessità di far partire l'operazione Next Generation EU - una delle più importanti iniziative politiche ed economiche della storia del continente - e, con essa, far uscire l'Europa dalla crisi pandemica, che coinvolge diverse questioni oltre a quella, evidente, della salute. I prossimi anni saranno decisivi anche per valutare la validità e la solidità dell'accordo sulla Brexit, delicato come le tensioni sulla libera circolazione determinate dall'emergenze. Infine, c'è l'immenso cantiere della digitalizzazione con i suoi vari temi (intelligenza artificiale, servizi digitali, telelavoro, cyber sicurezza). Vale quindi la pena di fare rapidamente il punto della situazione in corso.

When the European Union will come back after the summer break (la rentrée) in September 2021, the second half of the ninth legislature will begin, along with the second half of the term of office of the European Commission presided over by Ursula von der Leyen: the challenges are huge and the projects and unfinished business under way are numerous and complex and all the European institutions are being called

upon to cope with a situation which is admittedly delicate yet full of stimuli and potential. First of all, the Conference on the Future of Europe must be brought to a successful conclusion: here not only is the Union's credibility at stake but also the question of its ability to keep a steady hand on the tiller in the years ahead. At the same time, but still closely linked to the Conference, there is the question of defending the founding values of the Union, in particular the rule of law and non-discrimination, which are the subject of disputes with some States. Then there is the need to get the Next Generation EU operation - one of the most important political and economic initiatives in the continent's history - off on the right track and, with it, get Europe out of the pandemic crisis, which has a variety of aspects in addition to the obvious one of health. The next few years will also be decisive for assessing the validity and solidity of the agreement on Brexit, which is as sensitive as the pressures on free movement brought about by emergencies. Lastly, there is the immense construction site of digitalisation with its various themes (artificial intelligence, Digital Service, teleworking, cybersecurity). It is therefore worth quickly taking stock of where we stand.

1. The Conference on the Future of Europe

The Conference on the Future of Europe was officially launched in Strasbourg on 9 May 2021, Europe Day, much later than originally planned on account not only of the pandemic but also of the gruelling negotiations. The French President, Emmanuel Macron, opened the proceedings with a highly significant speech. He stressed the Union's chief weakness of lacking the capacity to decide quickly and resolutely, while pointing to the defeatism, lassitude and careless impatience to which Covid-19 had given rise. He went on to recall the need for determination to defend the sovereignty of the European space: something that is achieved by the existence of creators and producers in Europe. On the other hand, he recalled that Europe is a model in various regions of the world on account of its solidarity. Macron drew attention to the fact that, during the pandemic, Europe, more than in any other region of the world, had prioritised life and guaranteed the functioning of democracy in the face of all the sirens of authoritarianism.

At this point, it is worth giving a very brief account of how the "formal" debate

unfolded over time: after the idea had been launched by President Macron,^[1] Ursula von der Leyen took up the proposal in her speech on the guidelines for the European Commission made to the European Parliament on 16 July 2019 before her election as President.^[2] Subsequently, the European Parliament adopted a first resolution on the topic on 15 January 2020,^[3] which was followed by the Commission's Communication of 22 January 2020.^[4] Parliament returned to the subject with a resolution on 18 June 2020^[5] and finally the Council adopted a common position on 24 June 2020.^[6] On this basis, the practicalities could be negotiated and the conference launched.

The Conference Plenary (433 members) is scheduled to work for a year with a mandate to take into account the contributions of the citizens, who are to be consulted on a large scale, and then hand over the results to Macron himself, who was the first promoter of the initiative, in March 2022 during the French Presidency of the Council. The official presidency of the conference is made up of the presidents of the three institutions, but there is an *Executive Board* chaired by representatives of the three institutions which is take care of the practical management of the whole machine on a permanent footing. The first meeting of the Conference Plenary took place on 19 June 2021, and thereafter the programme envisages at least one meeting per month. The Plenary also divided up the work by forming 9 working groups.

A digital platform had already been opened on 19 April, receiving a large number of contributions from the outset: the declared aim was to prevent the discussion from being taken over by "the usual suspects" repeating their already familiar positions. According to the first internal "activity report" of the Conference, prepared and circulated in July 2021,^[7] the citizen participation aspect, the supreme objective of the Conference, got off to a good start with 19,000 participants registered on the platform, 5,000 ideas, over 10,000 comments and more than 29,000 "endorsements of ideas", with almost 1 million people having visited the platform. This was considered a good start, but it was clear that more citizens should be reached. In terms of the content of the first online debates, the words most closely associated with today's Union were *solidarity, unity and cooperation*, while the words associated with tomorrow's Union were *hope and challenges*.

2. Rule of law

The Commission's first Report on the Rule of Law in the European Union was presented in September 2020,^[8] focusing on the processes of democratic backsliding, together with the concept of the European "way of life": rule of law, democracy, and fundamental rights. The report addresses four areas that are examined for each EU member country: the justice system, the anti-corruption framework, media pluralism, and institutional issues related to checks and balances. On top of this, the emergency measures adopted for the pandemic are considered.

The Commission has adopted a participatory and consultative method: discussion with the Member States (network of national contact points) and written contributions from stakeholders and civil society. The evaluations are made on the basis of a consistent and comparable approach for all States: in addition to the general communication, specific reports are presented for each State.

A major dispute has long been going on between the Commission, on the one hand, and Hungary and Poland, on the other.^[9] After a hearing in December 2018 on the situation in Poland and a hearing in December 2019 on the situation in Hungary, the Council of Ministers did not return to the subject until much later in June 2021: the Commission considered it absolutely necessary to continue with the Article 7 procedure because (Commissioner Jourová argued) the things that had happened in the meantime had only increased concerns. In addition, there was concern about the governments' wait-and-see attitude.

After an intense debate on these issues; the Commission proposed introducing the principle that access to EU funds should be conditional on respect for the rule of law. In November 2020, Hungary and Poland vetoed making access to resources for economic growth (Next Generation EU) conditional on respect for the principle of the rule of law: the veto opposed the budget, as it could not be used against the specific legislative act.^[10] The European Parliament voted for conditionality in December 2020, accepting what has been called the "Merkel compromise", the German presidency's mediation proposal: the Commission must first find that the principles of the rule of law have been violated and then propose cutting or freezing EU funds. After that, however, it is the Council that

votes by a qualified majority on the proposals made by the Commission. Although some have referred to this as giving in, in truth this provision is a major revolution in the history of the EU. As expected (it was part of the compromise), Poland and Hungary raised the question of the legitimacy of the principle of conditionality before the Court of Justice,^[11] with not only the result that the implementation of the regulation was blocked^[12], but also the risk identified by many that the Court's judicial activity would be "politicised".

As a matter of fact, this risk is actually already present in the pending proceedings on the application of the Article 7 procedure and other aspects concerning mainly Poland: this country is accused in various quarters of turning its democratic system into an authoritarian "democracy" because of interventions with respect to the Constitutional Court, the independence of the judicial system, public companies and media, and private media. The CJEU rejected Poland's new rules on Supreme Court judges in July 2021 and ordered changes to their provisions, but the Polish Constitutional Court questioned the primacy of EU law, arguing that the CJEU had no competence in the matter. For its part, the Commission formally called on Poland to comply with the CJEU's ruling: otherwise, infringement proceedings would once again be initiated. It should not be forgotten that in June 2021 the Commission had brought infringement proceedings against Germany on account of the well-known ruling of the German Constitutional Court which called in question the CJEU's ruling on the powers of the European Central Bank.^[13] The Commission challenged the failure to respect the principle of the primacy of Union law and asked Germany to find a solution. In addition to posing legal problems, the ruling of the Court in Karlsruhe has set a catastrophic precedent in the context of the ongoing proceedings against Poland and Hungary.

A very relevant incident took place in June 2021 on the occasion of the adoption of a proposal for a law in Hungary for the protection of children, explicitly designed to curtail or eliminate the rights of homosexuals and other sexual orientations: in a widely circulated official statement,^[14] the President of the Commission called the Hungarian bill "a shame" on the ground that it was contrary to the fundamental rights enshrined in the European Charter and the Treaties, and announced that the Commission had sent a formal letter warning of legal proceedings should the bill be enacted. The Hungarian government

officially responded^[15] by saying that it was President Van der Leyen's statement that was a shame because it was based on false allegations and by claiming that the law was inspired by the Charter of Fundamental Rights and that von der Leyen's remarks constituted a political opinion without a previously conducted, impartial inquiry. This incident between the Commission and Hungary led to a serious debate among Member States. The vast majority of the members of the European Council openly criticised the proposed Hungarian legislation as contrary to Community values, some even went so far as to say that Hungary was now outside the Union: however, it must be noted that support for this view was not unanimous and margins of uncertainty remained.

The Vice-President of the Commission responsible for "promoting our European way of life", Margaritis Schinas saw fit to intervene in an important interview^[16] to underline the relevance of the "open and clear" debate that had taken place at the European Council: it was, according to Schinas, the first time that these issues had been addressed at the highest level in such a direct way and therefore that the problem had been laid on the table. For Schinas, there is a *corpus europeum* which is the soul of European values and the foundation for our way of life. The President of the European Parliament, David Maria Sassoli, also reacted by sending a long and detailed letter to the President of the Commission, which was made public.^[17] Although this letter does not actually refer to the new Hungarian legislation, it does stress the fact that respect for the rule of law has deteriorated in some European countries. The objective of the letter was to urge the Commission, in relatively strong terms, to act for the immediate application of the regulation on the conditionality of financial flows on respect for the principles of the rule of law. Recalling the official positions of the European Parliament,^[18] the letter denounces the fact that no action has been taken several months after the regulation's entry into force notwithstanding the obvious problems of non-compliance with European principles. Lastly, in July 2021, the Commission initiated infringement proceedings against Poland and Hungary^[19] for their anti-LGBTIQ measures because, the Commission claims, they discriminate against citizens on the basis of their sexual orientation. At the end of July, the Hungarian Prime Minister Viktor Orbán announced a series of referendums on the contested provisions and announced that he would renounce Recovery Plan funds (€7.2 billion) if they were conditional on the abolition of

the controversial LGBTIQ law.

In short, the conflict on the importance and the conception of the founding values of the EU and liberal democracy, both of which are opposed by Hungary and Poland, and likewise Slovenia (which took over the Council Presidency in July 2021), is becoming very serious: I do not believe that this issue can be sidestepped during the Conference on the Future of Europe.

3. Recovery (Next Generation EU)

The emergence of Covid-19 affected the activity of the EU as a whole, since everything is interconnected: when it was realised that, because of the measures being taken (including the lockdown), the problem was no longer only one of health, but was becoming a colossal economic problem, the Member States showed that they could not agree, or in any event had no method for reaching agreement quickly, whilst, in contrast, the supranational institutions exhibited a great capacity to react and decide^[20]. The President of the Commission, Ursula von der Leyen, presented her proposals to the Plenary of the European Parliament on 27 May 2020, after the European Council meeting by videoconference on 23 April 2020 had instructed her to prepare a plan “also using innovative instruments”. The Commission’s plan had various aspects,^[21] the central one being the creation of a fund to boost the economy called “Next Generation EU”: this is a €750 billion fund financed by recourse to the financial markets, to be repaid over 30 years through the Community budget, which is to be reinforced. It is important to stress that this measure more than “innovative” is really revolutionary in the EU approach, because it reverse and cancel the fundamental principle of no-debt is accepted in the EU finances. Other parallel actions, such as a new European health programme, will accompany the “Next Generation EU” fund. Obviously, the adoption of the MFF (Multiannual Financial Framework) for the period 2021-27,^[22] with a ceiling of €1074.3 billion, was decisive in order to be able to add the €750 billion of the recovery plan. The ratification process by all EU Member States was completed at the end of May 2021 (by which time 19 national recovery plans had already been delivered, including the Italian^[23]). The national plans are obviously an essential prerequisite for the activation of the funds (which in 2021 became €807 billion

after adjustment for inflation). In the second half of June, the Commission had already approved a large proportion of the plans and, in order to underline the historical importance of the event, President von der Leyen went in person to the capitals of the countries concerned to present the approved plan together with the (analytical) point of view of the Commission. In the meantime, on 15 June 2021, the Commission had issued its first bonds on the market, for a total of €20 billion, in a fully successful operation: it was the first time in the history of the EU.

The Commission will launch its bonds on the markets to finance the recovery plans and repay the loan by 2050 from the European budget, which should either be reinforced by the Member States or be given the benefit of new own taxes on the environment, financial transactions or web enterprises. The funds are to be disbursed in the form of either loans or grants, but according to the guidelines must do no harm to the environment, but rather invest in climate protection, and invest in digitalisation. In any case, what is involved must be predominantly investment and not current expenditure. In addition, the Commission requires some structural reforms relating to the situation of individual countries: for example, Italy is required to do the following: complete the reform of its public administration; strengthen the “spending review”; reform its justice system; adjust mechanisms for managing insolvencies; reform public procurement; undertake digital training and interventions on the labour market, including support for the employment of young people and women; make interventions in the energy and tourism sectors; combat corruption and tax evasion. The Italian plan was also approved by the Commission in June 2021, with a very positive assessment, apart from the cost analysis (an observation which applies to almost all the national plans approved). What must be clear is that the funding responds to a strategic plan of the Union designed to change the European economy and society to make them more efficient, fairer and more sustainable.

At this point, however, a new chapter opens up, or rather calls to be opened! The many measures taken at European level include the suspension of the Stability Pact on budgetary equilibrium decided autonomously by the European Commission, together with the greater flexibility granted, again by the Commission, to state aid policy. And to think that in February 2020, just before the outbreak of the pandemic, the Commission had launched a debate on the

rules of financial rigour in state budgets.^[24] The debate is now in the freezer: the suspension of strict budgetary rules for the Member States owing to the pandemic was probably the decision that prevented the collapse of the European economies;^[25] however, this opened the way to a huge problem for the near future, namely public debt of enormous proportions which will have to be dealt with in order not to have a dramatic downside: obviously the situations will not be the same, but in some countries they will be really difficult. If we take Italy once again, its public debt as a percentage of GDP has progressed as follows: 2017, 134.1%; 2018, 134.4; 2019, 134.6; 2020: 155.8! These figures are not simply worrying, looking forward, they are frightening: just think that, Italy's public debt reached a new record of 2.7 trillion euros in June 2021 and was about to exceed the threshold of 160% of GDP by the end of the year.

4. Brexit

Then there is Brexit. The negotiations were pursued in a very negative climate, with great difficulties and times which seemed to constitute a breaking point: I believe that it was the goodwill of the EU and its negotiator, Michel Barnier, which saved the situation, even if at a certain point the Commission was obliged to bring proceedings against the United Kingdom for "breach" of the withdrawal agreement, accusing it of bad faith in October 2020^[26]. An insightful observation was made by J. Ziller,^[27] who, after making a thorough appraisal of the text of the agreement, found that there is a clear lack of trust between the two parties, while on the part of the UK there is "a dramatic obsession with the European Court of Justice": in this context, Ziller finds, both sides are losers with the main losers being the citizens. The UK has insisted on totally withdrawing from any kind of cooperation in foreign, defence and development policy, and has also emblematically withdrawn from the Erasmus programme. The EU, on the other hand, sought to guarantee maintenance of the principle of non-regression on social issues and the principle of fair competition in trade relations, without social or fiscal dumping: for the EU these are inalienable principles which could trigger withdrawal from the agreement.

The European Parliament took more time before giving the green light to the agreement and the period of provisional application was (unusually) extended:

but then ratification arrived, with 660 votes in favour, 5 against and 32 abstentions. Yet the start of the new agreements was not the most peaceful, especially with regard to the movement of persons, residents' rights and fishing, not to mention Northern Ireland. As for the reactions of economic actors, in particular those in the City, at the time of ratification in April 2021, 440 financial institutions were to be transferred (in whole or in part) to European financial centres (Dublin, Paris, Frankfurt, Luxembourg) for a total of £1 trillion and 7,400 jobs: but the figures were incomplete and the game is still on.

5. Pressures on freedom of movement

The pandemic, illegal immigration and terrorism (including “home-grown” terrorism by individuals) are constantly bringing pressure to bear on the regime of free movement at the internal borders: there have been repeated incidents of border closures or threats of closures. Cooperation between Member States in controlling internal borders is considered to fall far short of needs and plans and is proceeding too slowly.

As far as the pandemic is concerned, Covid-19 caused real “shocks” to the EU, because once again the Member States went it alone in combating an epidemic that later became a pandemic, only to discover that there was a real need for at least EU coordination, which was initially left aside. The EU has no powers of its own in the field of health, but may play a very important coordinating and harmonising role, provided that there is cooperation and consensus on the part of the Member States. The fact is, however, that the Member States initially took measures that should not have been unilateral, such as closing borders or bans on the export of medical equipment: these are areas where the Union has strong powers.

With regard to immigration, according to the Commissioner responsible, Ylva Johansson, 3 million legal immigrants and only 140,000 illegal immigrants arrive in Europe every year, whilst 1.5 million leave Europe every year: basically, this would be a fairly balanced situation,^[28] even if the public perception is totally different.^[29] However, it is clear that the need to focus on illegal immigrants and, more generally, on knowing who is entering European territory remains fundamental: the real issue on the table today is how to improve cooperation

between Member States^[30] and, even better, which principles should underpin immigration policy, in particular whether we should move beyond the principle of the responsibility of the State of arrival in favour of the concept of asylum seekers or immigration to Europe (which would revolutionise organisation and procedures).^[31]

Lastly, terrorism,^[32] despite the fact that it has slowed down, has continued to strike with dramatic and worrying episodes, also in the form of “home-grown” terrorism.^[33] This has pushed the problem much further and has meant that freedoms and fundamental rights are now largely sacrificed. The alarm raised by various actors is very high and people are beginning to wonder whether the restrictive measures adopted from time to time should not be called in question: increasingly, recourse is being made to the courts to try to suppress these measures. Some argue that it is also the fault of parliaments which do not adequately scrutinise the rules that are then adopted: the threefold criterion related to the proportionality assessment (suitability, necessity and proportionality in the strict sense) is not paid due attention. Among the many restrictions, there is also the restriction on moving freely within Europe.

The Schengen System^[34] is the predestined victim of this: that is why in June 2021 the Commission relaunched a process of reform, while announcing the guiding principles underlying its proposal. These are essentially the strengthening of external borders and police cooperation with exchanges of information, with a view to eliminating all the internal border controls that have multiplied since 2015 and remain substantial in some States. The situation, however, was complicated by the fact that Frontex (the European border control agency) was at that time under pressing criticism even for “violating the fundamental rights” of migrants, not to mention, of course, the divergent positions of the Member States, which prevent compromise and solidarity.

6. Digitalisation (and democracy)

This brings me to the chapter on digitalisation, which is very broad and multidimensional. Already in her inaugural speech to the European Parliament, President von der Leyen had stressed that the Union is proud of its values and the rule of law, which are the basis for all action, and that the new Commission

intended to relaunch and strengthen European democracy also through the use of all the tools made available by digital democracy: the Commission considers digital democracy to be an essential part of the strengthening of democracy *tout court*. But digitisation is also regarded as a pillar for relaunching the economy and as a sensitive area in the matter of the protection of rights. The new Commission has translated all these aspects into a communication, “Shaping Europe’s Digital Future”, in which we find the strategy that the Commission intends to follow in the process of the digitisation of Europe, a strategy that develops along three major axes: a technology that works for people; a fair and competitive economy; an open, democratic and sustainable society. The Communication thus offers the strategic framework for complex action which is already under way with the Digital Agenda for Europe, the Digital Internal Market, data protection, copyright protection, taxation of big tech, participatory platforms and electronic money. These are all issues which I have already addressed in depth^[35] and will be central to the European Union’s action in the years to come. Here, however, I want to highlight only the most recent new aspects that have emerged in a consistent manner, including (but not only) as a result of the pandemic emergency. These are the issues that the European Union has launched in recent times.

The first, which is certainly related to the Covid-19 emergency, is cybersecurity. 2020 saw a boom in cybercrimes in the form of ransomware. In August 2021 in Italy, the case of the hacker attack on the Lazio Region with the blocking of data and a demand for ransom (ransomware) broke out: the event gave rise to much emotion everywhere in Europe, but it has been an obvious risk for a long time for the entire Italian administration and beyond. There was talk of terrorism or foreign incursions. The attack is said to have originated from the PC of a smart working employee, which drew attention to the fact that at least one in six hacker attacks originates from remote PCs, shedding light on the fragility of smart working in its current state. Dramatic figures emerged of the ongoing phenomenon, also in private households: in total, there was a 40% increase in 2020 compared with the previous year, but already in the first half of 2021 the increase was 400% when it comes to national IT systems. All this has accelerated the establishment of a Cyber Security Agency in Italy, but it remains clear that the only effective way forward is action at EU level, even if the EU is still

struggling compared with China and the US. But the phenomenon has a much larger scope: during the first summit between US President Biden and Russian President Putin (June 2021), the topic of cybersecurity was one of the two main discussion points. Or rather, to be precise, the theme was the cyber-war that is now being fought silently with economic, political and strategic consequences: Russia seems to have developed more advanced techniques than the US, probably through the use of pirates and privateers, which constitute a barrier to going straight to the institutional level. Propaganda interference, “classical” espionage by computer, ransom demands in various sectors with enormous damage are attributable, according to experts, directly or indirectly to Russia. It is no longer a question of cybercrime, but of national security problems, with operations being handled by large professional criminal organisations, based not only in Russia, but also in African countries or EU Member States.

The second aspect is also linked to the pandemic emergency because it concerns the structural transformations resulting from teleworking to which resort was made in order not to be paralysed by the pandemic. On the basis of the experience gained during the Covid-19 emergency, the Commission has launched a plan to reduce its office buildings by 50% in ten years (by 2030) by reorganising work through teleworking. This will also reduce the institution’s carbon footprint. Belgium, like the Commission, has also launched a plan make a drastic reduction in office space for civil servants: the federal level has envisaged the possibility of working two days a week in teleworking and creating coworking spaces for civil servants in order to reduce office space by 200,000 square metres by 2030. The European Parliament has also adopted a system of teleworking, that is very well ruling structured and organised: it foresees three modes of teleworking: standard (one day per week on an average monthly basis), moderate (two days) and maxi (three days). Data protection, health and safety at work outside the Parliament’s premises are also taken into account in the decision setting up the teleworking in the EP^[36].

Reorganisation of space and reorganisation of the way we work clearly go hand in hand: the issue has been on the table for years, ever since the launch of the so-called NWOW (new way of working), which slowly progressed up to the point of when pandemic broke out. Today we speak of a new normal, which completely changes the old, to which no return can be made. One of the most

important consequences is that we have to rethink personnel management, a decisive aspect which adds to the ruling spatial and temporal flexibility: staff can no longer be regarded simply as a resource or human capital, they will need more attention in the new context. It will be necessary to guarantee individual satisfaction, to guarantee empathy in the organisation and to guarantee an appropriate lifestyle: hence, it is the role of the manager which will have to be revisited. But there are also other essential aspects, such as ergonomics, for which new rules on compensation for workers will have to be secured, as is already the case in some countries such as Belgium.

The third aspect I want to mention is not directly related to the pandemic, but has been largely influenced by the growing importance of large IT companies in the pandemic emergency. It was in December 2020 that the Commission, after an extensive consultation process with national, regional and local levels, presented its draft Digital Service Act, by which it aims to regulate the obligations of IT services (GAFAM, above all, and others) that play an intermediary role between the provision of goods or services or content and consumers. The Commission wants to indicate how interested parties can identify and report illegal content, on the one hand, and how companies can take compulsory action to suppress it, on the other. However, this is not only about the obvious incitements to hatred, terrorism, child pornography and so on but also about the reasons why a site comes up first or one company rather than another as a result of a search, that is to say, it is about the way the algorithms of service platforms work. In addition, the traceability of counterfeit and illegal products is taken into account.^[37] What underlies the Commission's initiative is the principle that "what is forbidden in analogue must be forbidden online", in addition to the stated aim of wanting to take in hand the evolution of what has become the "normality" of our daily lives. All this is not left isolated in the economic and legal dimension but is included in an "Action Plan for Democracy": democracy should not only be supported but also defended against the distortions caused by the imposition of algorithms. Vice-President Vera Jourová announced this in early December 2020.

The last aspect, can be considered as the jewel in the crown: it is the new proposal for the regulation of artificial intelligence (AI) presented by the Commission in April 2021^[38] to start the legislative process: the intention is not, of course, as has

been repeatedly emphasised, to oppose the development of AI and its use, but to regulate those aspects that have an impact on the fundamental rights of citizens. Thus, the EC proposes to *ban* AI which produces “social scoring” (examining behaviours so as to prevent certain accesses), AI which manipulates human behaviour (through subliminal influences), AI which identifies people in real time through biometrics (except in exceptional and precisely indicated situations). Instead, the Commission intends to *regulate* AI involving a “high risk” with decisions that directly affect citizens’ lives: for example, access to a loan, recruitment, dismissal, admission to university, entitlement to social benefits, but also border controls, asylum applications, autonomous driving of cars, and so on. It is true that the definition of “high risk” will give rise to discussions and differences, as will the assessment of conformity. Moreover, the acceptance or not of such a regulatory framework by international markets may lead to economic problems. In any event, the Commission also proposes the creation of a European AI Council, which could issue opinions, update the list of risks, or simply advise.

7. Conclusions

At this point, it seems that the time has come to conclude this examination of the challenges and potential opportunities which lie ahead for the European Union in the second half of the ninth parliamentary term: indeed, these are issues that will determine what the future of the Union will be for a long time to come. Before summarising the various topics discussed, however, I believe that attention should be drawn to two recent events which cannot merely be brushed aside as annoying incidents since they are likely to have a major influence on the future. The first one is the so-called “Sofagate” incident: it is in my opinion much more than an unpleasant event and a “protocol accident” caused by Turkey’s President Erdogan during an official EU visit to that country and, from our point of view, even more than the gender inequality affront to a woman. It shows that there is something wrong at the institutional level in the EU: an unhealthy rivalry between the presidents of the two institutions, the Commission and European Council, which raises questions: is there a difference in rank? Are they equivalent? Is there a defined protocol? It is difficult to say. According to

Turkey, in fact, the protocol solution adopted - which gave rise to the incident - was agreed upon by (someone in) Brussels. The second episode is one of governance: in August 2020, a European Commissioner, Phil Hogan, had to resign on the ground that he had not worn a mask and not respected social distancing (imposed by Covid) at a party of eighty people in his country (Ireland), without, moreover, placing himself in quarantine afterwards. Some analysts claimed that the new Irish government wanted to get rid of the Commissioner appointed by the previous government. That might be plausible, but, seen from the point of view of the EU, this is the first time that a European Commissioner has resigned under pressure from the government of his own country: this weakens the EU approach contains in the Code of conduct for Commissioners^[39] where only the President of the European Commission can ask for resignation.

To conclude^[40], it seems clear to me that the second half of the current legislature will be a decisive period, with the possibility of major work in prospect for the European Union. This is first because there is a Conference on the Future of Europe which will have to produce results: the words emerging by the open online debate, closely associated to the Union are *solidarity, unity and cooperation*, and for the future *hope and challenges*. Second, also because the ongoing battle to defend the founding values of the EU will leave its mark: the conflict on the importance and the conception of the founding values of the EU and liberal democracy, is becoming very serious and cannot be sidestepped during the Conference on the Future of Europe. Third, because there is historic action in the economy which is tending towards a structural change in European society: it must be clear that the funding responds to a strategic plan of the Union designed to change the European economy and society to make them more efficient, fairer and more sustainable. Forth, because the great achievement of free movement will have to be developed: that is essentially the strengthening of external borders and police cooperation with exchanges of information, with a view to eliminating all the internal border controls. And at the end, because the digital innovation progress is a big opportunity: we need to relaunch and strengthen European democracy also through the use of all the tools made available by digitalisation, digital democracy is an essential part of the strengthening of democracy *tout court*.

CERIDAP

1. Immediately after his election, on several occasions and most notably during a keynote speech in Berlin.
2. Opening Statement in the European Parliament Plenary Session by Ursula von der Leyen, Candidate for President of the European Commission (europa.eu)
3. European Parliament resolution of 15 January 2020 on the position of the European Parliament on the Conference on the Future of Europe, P9_TA(2020)0010, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0010_EN.html.
4. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council shaping the Conference on the Future of Europe, 22.1.2020, COM(2020) 27 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0027>.
5. European Parliament resolution of 18 June 2020 on the European Parliament's position on the Conference on the Future of Europe, P9_TA(2020)0153, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0153_EN.html.
6. Presidency of the Council of the European Union, Conference on the Future of Europe, AG32 INST120, Brussels, 24 June 2020, setting out in detail the Council position as agreed at the Permanent Representative Committee, <https://www.consilium.europa.eu/media/44679/st09102-en20.pdf>.
7. POLITICO Brussels Playbook, 30 July 2021, <https://www.politico.eu/newsletter/brussels-playbook/politico-brussels-playbook-time-to-say-goodbye-no-eulogies-though-over-and-out/>.
8. 2020 Rule of law report - Communication and country chapters, https://ec.europa.eu/info/publications/2020-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en. However, it is important to remind that the process for the application of art. 7 to Hungary has been opened by the European Parliament.
9. Even for Romania, at one point, the issue of legislative interventions not respecting the rule of law had been raised with regard to projects to reform the judiciary and the Criminal Code, including the downsizing of the Anti-Corruption Agency: see *Le Soir*, 14-15 August 2018. But after protests in the country and remonstrances by Commissioner Jourová, no more came of the matter.
10. Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, OJ L 433I, 22.12.2020, p. 1.
11. Case C-156/21 *Hungary v. European Parliament and Council*, OJ C 138, 19.4.2021, p. 24; Case C-157/21 *Poland v. European Parliament and Council*, OJ 138, 19.4.2021, p. 26.
12. Indeed ; in this way the EC cannot adopt the “guidelines” until the end of the judicial process.
13. For an in-depth analysis, see Diana-Urania Galetta, *Karlsruhe über alles? The reasoning on the principle of proportionality in the judgment of 5 May 2020 of the German BVerfG and its consequences*, and Jacques Ziller, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP programme*, both in

CERIDAP

CERIDAP 2/2020, at <https://ceridap.eu/>.

14. European Commission, Statement by European Commission President on the new Hungarian bill that discriminates against people based on their sexual orientation, Brussels, 23 June 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_21_3164.
15. See *Hungary's anti-LGBT law is a "shame" says Ursula von der Leyen*, Euronews, 23 June 2021, <https://www.euronews.com/2021/06/23/hungary-s-anti-lgbt-law-is-a-shame-says-ursula-von-der-leyen>.
16. *Notre mode de vie est le meilleur bouclier contre les dérives*, *Le Soir*, 30 June 2021.
17. The letter can be accessed here: <https://cdn.g4media.ro/wp-content/uploads/2021/06/Sassoli-Letter-EC-230621.pdf>
18. Resolution of 17 December 2020, P9_TA(2020)0360; Resolution of 25 March 2021, P9_TA(2021)0103; and Resolution of 10 June 2021, P9_TA(2021)0287.
19. The Commission also brought proceedings against Hungary in the CJEU for unlawfully restricting access to the asylum procedure. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3424
20. Many are the concrete and urgent measures adopted at the EU level, but the most emblematic (a real victory) is the Green Pass harmonised for all the Member States.
21. See *European Recovery Plan*, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_it
22. The interinstitutional agreement (EP, Council, EC) was reached in November 2020 after long and arduous negotiations. The first budget of the new MFF, for 2021, amounts to just over €166 billion, or 1.19% of EU GDP.
23. The references to Italy are not made because of the author's nationality, but in consideration of the fact that Italy is defined as the essential fulcrum and supporting pillar of the whole operation of relaunching the European economy: this statement has been repeated several times by the President of the Commission.
24. According to the Commission, the Stability Pact could be assessed as generally positive at that time, as there had been a substantial improvement in the financial situation of the member countries.
25. It is true that the average recession recorded in 2020 for the European Union was -6.1% with peaks for countries such as Spain (-10.8), Italy (-8.9) and France (-8.7), but already in 2021 growth should be considerable.
26. The criticism of the UK's handling of Brexit has not only come from the European Commission or other EU institutions, but also from many observers; who have focused on the domestic factors which culminated in the fall of Prime Minister Theresa May, ousted by her own party. But from our point of view it is important to recall the story of the "advice" given by the new Prime Minister Johnson to the Queen that led to the prorogation of the British Parliament for a few weeks: an abnormal measure (!) which was

- declared to be null and void by the Supreme Court, which held the “advice” to be unlawful because it contained no reasonable justification, and invited Parliament to resume its activities: *R (on the application of Miller) v. Prime Minister* [2019] UKSC 41.
27. Jacques Ziller, *Brexit: to have or not to have a deal? (first episode) - 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)* CERIDAP, 4/2020.
 28. According to the UNHCR, the years of real crisis were 2015 and 2016, already in 2017 arrivals of migrants in Europe decreased five-fold, and further substantial declines were recorded in the following years.
 29. The case of Italy is very emblematic: the book Istituto Cattaneo, *Immigrazione in Italia: tra realtà e percezione*, Bologna, 2019, shows that 70% of Italians believe that immigrants in Italy account for 25% of the population whilst the true figure is 7%.
 30. The urgency of this aspect emerged once again with the dramatic events of Afghanistan, in august 2021.
 31. The former president of the Italian Constitutional Court, Valerio Onida, came out strongly in favour of this change of approach in *Corriere della Sera* of 29 August 2019.
 32. Again, there is a problem of cooperation between Member States: for example, an infringement procedure has been initiated by the Commission against Italy for deficiencies in information sharing to combat terrorism and crime.
 33. I would mention here, albeit in passing, two interventions that have touched my sensibilities in this regard: one is by Sabino Cassese, in *Corriere della Sera* of 22 August 2017, who points out that a decisive reaction on the part of the Islamic communities to defeat of this terrorism is still lacking; the other is by the French philosopher Elisabeth Badinter, in *Corriere della Sera* of 4 January 2018, who finds that politicians, because of their anxiety about attracting trouble and their fear of violence, are abandoning our essential principles of the fight against terrorism.
 34. It is redundant but eventually useful to remind that at the beginning it was the Schengen Treaty, which has been integrated in the EU legal system later.
 35. Allow me to refer to G. Vilella, *E-Democracy. Dove ci porta la democrazia digitale*, Pendragon, Bologna, 2020, *passim*, so as not to go back over things already said. For the Commission’s “digital philosophy”, see the recent study, *Exploring Digital Government Transformation in the EU - Understanding public sector innovation in a data-driven society*, Misuraca, G., Barcevičius, E. and Codagnone, C. editor(s), EUR 30333 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, the final recommendations of which include the need: to build human capacity to ensure a successful Digital Government Transformation, to take advantage of predictive analytics in order to improve policy making and service delivery, and to create a culture of digital transformation within the public sector.
 36. 2021.07.16 - SG Decision - New teleworking rules 01.09.2021
 37. As regards market distortions essentially due to so-called “gatekeepers”, regulation is handed over to a Digital Market Act, which is intended to prevent rather than punish

CERIDAP

actions of abuse of a dominant position. A Data Governance Act is also planned (but in preparation).

38. You can find the document, the explanations and comments in https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_en
39. The latest and most comprehensive version came into force on 1 February 2018. See EUR-Lex - 32018D0221(02) - EN - EUR-Lex (europa.eu)
40. I am aware of the absence in this analysis of the dossier concerning environment and the related initiative known as Green Deal launched by the Commission as one of (or even “the”) most important priorities: it is not a forgetfulness, it is because this topic deserves a specific treatment.

La Corte di giustizia dell'Unione europea torna a fare luce sulla nozione di organismo di diritto pubblico. Una occasione per fare il punto della situazione

Federico Votta

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-6

Con la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che verrà qui analizzata, il giudice europeo si concentra sullo scopo primario di indagare la possibilità di considerare la F.I.G.C. (Federazione Italiana Giuoco Calcio) italiana un organismo di diritto pubblico. A tal proposito, il commento mira a sintetizzare le principali questioni riguardanti il citato organismo, soprattutto con riferimento alle condizioni previste dalla legge per riconoscerlo. Al termine della nota verranno fatte alcune considerazioni critiche sulla decisione.

The Court of Justice of the European Union is again clarifying the concept of a body governed by public law. An opportunity to take stock of the situation

With the decision of the Court of Justice of the European Union that is going to be analyzed herein, the European judge focuses on the primary purpose of investigating the possibility of considering the Italian F.I.G.C. (Federazione Italiana Giuoco Calcio) a body governed by public law. In this respect, the comment aims at summarizing the main issues concerning the mentioned body, especially with regard to the conditions provided for by law in order to recognize such public entity. At the end of the note some critical considerations will be made about the decision.

1. Premessa

Sembra ormai inarrestabile la ricerca di una nozione di organismo di diritto pubblico sempre più elastica, idonea ad apprestare la più efficace tutela al fine di garantire la libera estrinsecazione del gioco della concorrenza all'interno dei confini del mercato europeo.

È ancora attualissimo, sebbene oramai molto più arricchito, l'orientamento sorto tra la fine del 1900 e i primi anni del 2000⁽¹⁾, che mira ad estendere anche a soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni *tout court* gli obblighi e le garanzie imposti dal diritto pubblico laddove si tratti di affidare un lavoro, un servizio o una fornitura ad un operatore economico.

Come noto, infatti, tale esigenza è scaturita proprio dalla necessità di evitare il rischio che un soggetto non formalmente definibile quale amministrazione aggiudicatrice potesse in un certo senso eludere la normativa relativa agli appalti pubblici, affidando un lavoro, un servizio o una fornitura a un offerente nazionale, anteponendo ragioni e interessi politici a considerazioni fondate su criteri economico-qualitativi. Detta impostazione in effetti rischiava di ostacolare la libera prestazione di servizi e di pregiudicare i principi legati alla concorrenza tra le imprese, tra cui, principalmente, quello della *par condicio*⁽²⁾.

Ecco perché in tema di affidamenti è stato ritenuto più adeguato intendere il concetto di "Pubblica Amministrazione" da un punto di vista sostanziale, così evitando di fare applicazione a tutti i costi di rigide elencazioni, che altro non facevano se non restringere il campo di applicazione della disciplina pubblicistica. Ci si può chiedere però se il continuo allargamento della maglia dei soggetti pubblici, avvenuto in virtù della modifica della nozione di organismo di diritto pubblico apportata dalla direttiva 89/440/CE, non sia finito per comportare una parziale sovrapposizione di tale figura con quella dell'ente pubblico non economico; e in effetti non sono mancati interventi in dottrina tesi a sollevare tale problema⁽³⁾.

Sicuramente, nonostante tale inconveniente, il risultato dell'approccio estensivo si è rivelato di indubbia efficacia; infatti, il risultato è stato quello di avere un ventaglio potenzialmente infinito di ipotesi rientranti in una nozione generica. Naturalmente, ciò richiede un'attenta indagine "caso per caso" delle caratteristiche del soggetto giuridico interessato da parte della Corte di giustizia e

dei giudici nazionali.

D'altra parte, se si fosse seguita l'impostazione più rigida (elencazione degli organismi di diritto pubblico), fatta propria dalla direttiva 71/305/CEE, si sarebbe alimentata la possibilità per un'amministrazione di costituire società di capitali cui affidare la gestione di un determinato servizio, con facoltà per queste ultime di appaltare parte del servizio stesso senza bisogno di ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica, in spregio ai principi di libera prestazione dei servizi e di concorrenza.

In ogni caso, in questo lavoro si è voluto riaprire il capitolo relativo all'istituto dell'organismo di diritto pubblico, approfittando della recente pronuncia della Corte di giustizia^[4], in quanto nonostante tale tema sia stato al centro delle principali discussioni degli anni '90 e dei primi anni 2000 nell'ambito del diritto pubblico, esso risente ancora di una importanza centrale, dal momento che richiede continui sforzi interpretativi dovuti alle diverse situazioni che di volta in volta possono presentarsi nel caso concreto e che determinano la continua espansione della casistica riferibile alla nozione.

Pertanto, dopo aver esaminato la sentenza del 3 febbraio 2021 della Corte di giustizia (secondo paragrafo di questo scritto), analizzando le ragioni che hanno indotto il Consiglio di Stato ad interpellare la Corte in virtù dell'art. 267 TFUE, ci si soffermerà sui tre elementi previsti dalla normativa europea e nazionale costituenti le condizioni per l'esistenza di un organismo di diritto pubblico.

Al paragrafo terzo di questo commento, infatti, verrà analizzato per primo il requisito della personalità giuridica, specialmente con riguardo alla problematica della compatibilità della figura dell'organismo di diritto pubblico con quella della società di diritto privato, che ha dato origine a due contrapposte teorie. Dopo di che, l'analisi proseguirà con il requisito dei fini ad interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, considerati tanto nella loro individualità - interessi generali, da una parte, e interessi privi del menzionato carattere industriale o commerciale, dall'altra - quanto nel rapporto che li vede legati in maniera funzionale.

Infine, al quarto paragrafo di questo scritto si esamineranno le principali questioni legate al terzo e ultimo requisito caratterizzante gli organismi di diritto pubblico, ossia quello che le diverse direttive che si sono succedute, così come i decreti legislativi emanati dal Legislatore italiano, hanno descritto

alternativamente come: a) finanziamento maggioritario da parte dello Stato, di altre autorità pubbliche o di altri organismi di diritto pubblico, b) controllo della gestione da parte degli stessi, ovvero c) designazione di più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza effettuata dai medesimi soggetti pubblici, i quali possono essere raggruppati nella categoria della "influenza pubblica dominante". In quella sede, maggiore attenzione sarà posta su ciò che si debba intendere con finanziamento pubblico, ai fini dell'istituto in questione, oltre che sulle situazioni che delineano un controllo pubblico sulla gestione. Il tutto sarà accompagnato da una riflessione critica sulla sentenza in commento, che vede principalmente chiamato in causa tale ultimo requisito.

2. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia e la decisione della stessa

La sentenza della Corte di giustizia che qui si esamina è stata pronunciata a seguito di un rinvio pregiudiziale esercitato dal Consiglio di Stato^[5], volto a sottoporre alla Corte stessa alcune questioni relative all'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico, alla luce della normativa europea.

Nello specifico, il Giudice nazionale, prendendo in considerazione l'elemento teleologico che caratterizza l'organismo di diritto pubblico, ossia il fine della soddisfazione di esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, si è domandato se la Federazione Italiana Giuoco Calcio (F.I.G.C.) possa assurgere a una simile qualificazione.

Il collegio rimettente ha evidenziato determinati aspetti attinenti a tale federazione, quali: la mancanza di un formale atto istitutivo da parte di un'amministrazione; la natura associativa, sebbene sussista in ogni caso l'obbligo di rispettare le regole e i principi dettati dal Comitato Olimpico Nazionale Italiano (C.O.N.I.), oltre che dagli organismi sportivi internazionali; nonché, la capacità di autofinanziamento.

Con altri quesiti il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di giustizia di fornire delucidazioni sull'elemento dell'influenza pubblica dominante, tipico dell'organismo di diritto pubblico. Nel dettaglio, il collegio rimettente si è interrogato circa la sussistenza di una siffatta influenza da parte del C.O.N.I. sulla

F.I.G.C. a livello gestionale e organizzativo, e se ciò possa consentire di ricondurre la citata federazione calcistica italiana alla nozione di organismo di diritto pubblico. Con riguardo a tali ultime questioni, il Consiglio di Stato non ha trascurato di precisare una caratteristica importante delle Federazioni sportive, ossia che i presidenti e i rappresentanti delle medesime fanno parte degli organi fondamentali del C.O.N.I. (segnatamente, il Consiglio nazionale e la Giunta nazionale).

La controversia da cui è sorta l'esigenza di proporre il rinvio pregiudiziale ha visto quali ricorrenti la Federazione Italiana Giuoco Calcio e il Consorzio Ge.Se.Av. s.c. a r.l. e quale resistente la De Vellis Servizi Globali S.r.l.

Tale causa è stata proposta per ottenere la riforma della sentenza emessa dal T.A.R. Lazio (sede di Roma), avente ad oggetto una procedura negoziata plurima per l'aggiudicazione dei servizi di facchinaggio al seguito delle squadre nazionali, oltre che presso i magazzini della F.I.G.C.

Infatti, il giudice di prime cure, accogliendo il ricorso proposto dalla De Vellis Servizi Globali S.r.l. avverso gli atti della procedura di gara bandita dalla F.I.G.C., incentrato sulla violazione delle regole di pubblicità previste dal Codice dei contratti pubblici, aveva annullato la relativa aggiudicazione, rilevando la natura di organismo di diritto pubblico di tale federazione. Ciò ha portato la F.I.G.C. e il Consorzio Ge.Se.Av. s.c. a r.l., il quale era risultato aggiudicatario, ad adire il Consiglio di Stato, sostenendo l'esatta tesi contraria: ossia, che la F.I.G.C. non poteva essere considerata un organismo di diritto pubblico, e che dunque il primo giudice doveva considerarsi privo di giurisdizione.

Il collegio rimettente ha ritenuto opportuno individuare le principali disposizioni dell'ordinamento sportivo italiano che si collegano alla F.I.G.C., soprattutto con riguardo ai rapporti giuridici che sussistono tra essa e il C.O.N.I.

Ebbene, il D. Lgs. n. 242 del 23 luglio 1999, recante «*Riordino del Comitato Olimpico Nazionale Italiano - CONI*», all'art. 1 prevede che il C.O.N.I. ha personalità giuridica di diritto pubblico ed è soggetto alla vigilanza del Ministero per i beni e le attività culturali.

L'art. 2 del medesimo decreto descrive le attività del C.O.N.I., tra cui figurano la cura dell'organizzazione e il potenziamento dello sport nazionale, la preparazione degli atleti e la fornitura dei mezzi idonei per le Olimpiadi.

Secondo l'art. 15 della medesima normativa, le Federazioni sportive nazionali,

nello svolgimento dell'attività sportiva, sono tenute a seguire le deliberazioni e gli indirizzi impartiti dal Comitato Olimpico Internazionale (C.I.O.), dalle Federazioni internazionali e dal C.O.N.I. Esse, secondo quanto disposto al comma seconda del medesimo articolo, hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato, non perseguono fini di lucro e sono soggette alle norme del codice civile.

Agli artt. 4, 5 e 8 del citato decreto legislativo si prevede la partecipazione dei presidenti delle Federazioni sportive nazionali al Consiglio nazionale del C.O.N.I., a cui spettano i principali poteri decisionali del Comitato. Inoltre, dieci di tali presidenti formano parte della Giunta nazionale del C.O.N.I., la quale invece cura l'indirizzo dell'attività amministrativa e gestionale del Comitato.

Alla luce del quadro normativo richiamato, il Consiglio di Stato ha rilevato la chiara natura di ente pubblico del Comitato Olimpico Nazionale e di associazione privata delle Federazioni sportive, nonostante esse svolgano compiti e attività di valenza pubblicistica.

Tuttavia, come già osservato, il punto centrale del rinvio pregiudiziale è stato quello relativo alla possibilità di qualificare la Federazione Italiana Giuoco Calcio un organismo di diritto pubblico, come tale tenuto ad osservare le norme in tema di affidamento di contratti pubblici.

In tal senso, il giudice amministrativo ha affermato che se da un lato appare pacifico ritenere detta federazione dotata di personalità giuridica ai sensi dell'art. 2, par. 1, n. 4, lett. b), della direttiva 2014/24/UE - regolante gli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE - dall'altro, risulta incerto se essa vanti altresì i requisiti dell'elemento teleologico, consistente nella soddisfazione di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (art. 2, par. 1, n. 4, lett. a), della direttiva 2014/24/UE), e dell'influenza pubblica dominante, di cui all'art. 2, par. 1, n. 4, lett. c) della citata direttiva.

Nel sottoporre dette questioni alla Corte di giustizia, il collegio rimettente ha osservato, da un lato, che la F.I.G.C., oltre a non beneficiare di alcun finanziamento maggioritario del C.O.N.I., non può dirsi soggetta alla nomina dei propri organi per più della metà da parte di detto ente pubblico; dall'altro, che non pare riscontrabile l'elemento teleologico in capo alla stessa, dal momento che il vincolo al perseguimento di interessi generali non può che derivare da un atto autoritativo dei pubblici poteri (legge o sentenza), che nel caso di specie non

sembra sussistere, data la natura associativa delle Federazioni sportive.

Tuttavia, il giudice di appello ha sollevato dubbi relativamente alle attività di valenza pubblicistica demandate alle Federazioni sportive nazionali e individuate nello Statuto del C.O.N.I., all'art. 23., le quali assumerebbero rilevanza di carattere generale, in quanto connesse con l'attività di organizzazione dello sport nazionale esercitata dal C.O.N.I. Oltre a ciò, il Consiglio di Stato ha posto l'accento altresì sull'obbligo delle Federazioni sportive, nello svolgimento delle proprie attività, di conformarsi alle deliberazioni e agli indirizzi del C.I.O., delle Federazioni internazionali e del C.O.N.I., sempre che l'ente da ultimo citato abbia previamente provveduto al relativo riconoscimento ai fini sportivi della singola federazione.

Per quanto riguarda i servizi di facchinaggio, il collegio rimettente si è interrogato sulla possibilità di considerare tale attività alla luce della generale capacità di diritto privato posta in capo alle Federazioni sportive, stante la non inclusione degli stessi tra le attività tassativamente indicate dallo Statuto del C.O.N.I., con la conseguenza di non dover rispettare i principi di imparzialità e di trasparenza previsti nel predetto Statuto del Comitato.

La Corte di giustizia si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale, operato dal Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 267 TFUE, fornendo la propria interpretazione sulle questioni sottoposte.

Al precipuo fine di completare il contesto normativo già debitamente e dettagliatamente ricordato dal giudice di rinvio, la Corte ha richiamato il testo dell'art. 2, par. 1, n. 4, lett. a), b) e c), della direttiva 2014/24/UE, secondo il quale affinché un organismo possa definirsi di diritto pubblico occorre da un lato che esso sia stato istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, oltre ad essere dotato di personalità giuridica, e dall'altro che sia finanziato in maniera maggioritaria dallo Stato, ovvero da altre autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico, o ancora che la gestione dello stesso sia soggetta alla vigilanza di tali autorità od organismi, oppure che il relativo organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia stato costituito da membri designati per più della metà dallo Stato, o da altre autorità regionali o locali, ovvero da altri organismi di diritto pubblico.

Inoltre, rifacendosi ai propri consolidati orientamenti, la Corte ha rilevato il carattere cumulativo dei tre criteri testé citati, nonché, per converso, quello

alternativo dei requisiti sanciti dalla lettera c) del par. 1, n. 4 dell'art. 2 della direttiva 2014/24.

Successivamente, con riguardo al profilo del perseguimento di esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, il giudice europeo ha osservato che l'applicazione della disciplina in tema di appalti pubblici è stata normativamente estesa a tutte quelle entità che assicurino l'effettivo soddisfacimento di dette esigenze. A tale proposito, è agevole rilevare che in Italia le entità preposte allo svolgimento delle attività inerenti allo sport sono le Federazioni sportive nazionali, titolari di specifici compiti a carattere pubblico.

Tali federazioni, svolgendo i compiti delineati tassativamente nello Statuto del C.O.N.I., tra cui figurano il controllo del regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi professionistici, la prevenzione e la repressione del doping e la preparazione olimpica, pongono in essere un'attività non industriale o commerciale, sicché per la Corte non pare potersi escludere la sussistenza del requisito previsto dall'art. 2, par. 1, n. 4, lett. a) della citata direttiva^[6]. Nel caso della F.I.G.C. detto primo requisito non viene meno né a causa della natura associativa della stessa, né a seguito della mancanza di un atto istitutivo da parte di un'amministrazione, stante il silenzio della direttiva 2014/24 in punto di creazione o di veste giuridica dell'entità considerata^[7].

Altrettanto irrilevante, secondo la Corte, è il fatto che la federazione calcistica italiana, contestualmente alle attività di carattere generale, ne svolga altre esulanti da quelle elencate nello Statuto del C.O.N.I.^[8].

Con riguardo al requisito della influenza pubblica dominante, richiesto dall'art. 2, par. 1, n. 4, lett. c), della direttiva 2014/24, il giudice europeo, rifacendosi all'interpretazione già fornita in un noto precedente giurisprudenziale, per cui con tale concetto ci si riferisce a un rapporto di stretta dipendenza con lo Stato, con altri enti pubblici territoriali o con altri organismi di diritto pubblico^[9], ha ribadito che un controllo ex post non rispetta detto requisito, stante l'impossibilità dei poteri pubblici in tal modo di influenzare le decisioni dell'organismo^[10].

Circoscrivendo il tema alle Federazioni sportive e al C.O.N.I., il controllo esercitato da tale ente pubblico sulle Federazioni sportive attiene fondamentalmente al regolare svolgimento delle competizioni, alla preparazione

olimpica, all'attività sportiva di alto livello e all'utilizzo dei contributi finanziari^[11]. Infatti, dall'art. 20, comma 4, dello Statuto del C.O.N.I. si evince che le Federazioni sportive nazionali, nonostante la vigilanza del Comitato, godono di autonomia tecnica, organizzativa e di gestione, di talché non può ritenersi configurabile un potere di controllo e di direzione della gestione in seno al citato Comitato nei confronti delle federazioni stesse^[12].

Per la Corte non vale a ritenere esistente in capo al C.O.N.I. un potere di controllo sulla gestione delle Federazioni sportive nemmeno il riconoscimento delle stesse spettante a detto ente pubblico, previsto dagli artt. 5, comma 2, lett. c) e 15, commi 5 e 6, del D. Lgs. n. 242/1999, oltre che dall'art. 6, comma 4, lett. b) e c), dello Statuto del C.O.N.I. Invero, tale riconoscimento attiene alle condizioni generali e ai principi indicati dal C.O.N.I. stesso, che ogni Federazione sportiva nazionale deve rispettare ai fini dell'attività sportiva^[13].

Quanto invece al potere del Comitato di adottare atti di indirizzo, deliberazioni, orientamenti o istruzioni nei confronti delle anzidette federazioni^[14], ovvero di approvare gli statuti di queste ultime^[15], la Corte di giustizia ha evidenziato che spetta al giudice del rinvio verificare se ciò possa configurare un potere di gestione del C.O.N.I., o comunque limitativo dell'autonomia gestionale caratterizzante le Federazioni sportive nazionali, in materia di appalti pubblici. Lo stesso si dica con riguardo al potere del Comitato Olimpico di approvare i bilanci consuntivi e quelli di previsione annuali delle menzionate federazioni^[16]. Anche qui è il giudice del rinvio a dover verificare se si tratti di un mero controllo contabile ovvero se esso concerna altresì la gestione finanziaria delle Federazioni sportive.

Ancora, a incombere sul giudice del rinvio sarebbe altresì il dovere di pronunciarsi tanto con riguardo al controllo esercitato dal C.O.N.I. sull'esercizio delle attività aventi valenza pubblicistica delle Federazioni sportive nazionali^[17] - di cui al già citato art. 23 dello Statuto del C.O.N.I. - quanto con riguardo al potere di tale ente pubblico di commissariare le federazioni stesse in caso di gravi irregolarità nella gestione, di gravi violazioni dell'ordinamento sportivo o di irregolarità nelle competizioni sportive^[18], in particolare, chiarendo se ciò possa incidere sulla gestione delle federazioni stesse.

Infine, la Corte di giustizia, in relazione alla previsione degli artt. 4 e 6 del D. Lgs. n. 242/1999, secondo cui i rappresentanti delle Federazioni sportive nazionali partecipano in misura maggioritaria agli organi deliberativi del C.O.N.I., ha

osservato che tale potere potrebbe lasciar desumere l'assenza di un effettivo controllo esercitato dal Comitato, laddove fosse dimostrata la possibilità per le singole federazioni di influenzare in maniera considerevole il potere di controllo di gestione del C.O.N.I. sulle federazioni stesse.

Pertanto, il giudice europeo, dopo aver affrontato nel merito le questioni oggetto del rinvio pregiudiziale, ha fornito la propria interpretazione dell'art. 2, comma 1, n. 4, lett. c) della direttiva 2014/24 con riguardo alle Federazioni sportive nazionali, chiarendo che qualora esse godessero di autonomia gestionale, per ritenere sussistente il requisito della influenza pubblica dominante, sarebbe necessario dimostrare l'esistenza di un effettivo controllo di gestione esercitato sulle stesse dall'autorità pubblica vigilante, idoneo a consentire a quest'ultima di influenzare le decisioni della singola federazione in ambito di appalti pubblici.

3. I primi due elementi qualificanti l'organismo di diritto pubblico. La personalità giuridica e il soddisfacimento di esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale

La Corte di giustizia, con la sentenza fatta oggetto della presente nota, torna a pronunciarsi su un argomento che ha dato adito a copiosi dibattiti, tanto a livello europeo quanto nazionale: la nozione di organismo di diritto pubblico.

Si tratta di un tema che negli ultimi trent'anni si è posto al centro di svariate pronunce, tanto del giudice europeo quanto di quelli nazionali^[19], tutte dirette a individuare di volta in volta i casi che rispondono ai requisiti stilati dal Legislatore per determinare la configurabilità o meno di un organismo di tal fatta. Si tratta di un'operazione assai complicata, che richiede un'attenta analisi delle circostanze presenti nel caso concreto.

Nel raffrontare le diverse pronunce non ci si può esimere dal notare una certa reiterazione da parte del giudice europeo dei principali indirizzi interpretativi che hanno interessato gli elementi caratterizzanti gli organismi di diritto pubblico, quasi a voler significare una cristallizzazione di alcuni di essi a livello europeo; il che permette ai giudici nazionali di risolvere sempre più casi in autonomia, salve ovviamente le ipotesi di rinvio pregiudiziale alla Corte da parte di un giudice di ultima istanza.

Tuttavia, può accadere che la situazione cui si trova dinanzi il giudice nazionale non consenta di richiamare e di applicare in maniera lineare detti precedenti orientamenti della Corte di giustizia, costringendolo a fare ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale. Ciò può accadere, ad esempio, quando un soggetto giuridico non sembra avere personalità giuridica ma neppure esserne privo del tutto, ovvero nel caso in cui risulti una particolare forma di finanziamento o di controllo esercitato dallo Stato.

D'altronde, queste altro non sono che le conseguenze dell'aver adottato una impostazione volta a non circoscrivere le ipotesi riconducibili all'organismo di diritto pubblico.

A prescindere da ogni considerazione personale, l'esame della sentenza del 3 febbraio 2021 offre l'opportunità di analizzare la normativa di settore, nonché di rintracciare i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno portato alla graduale formazione dell'istituto dell'organismo da ultimo citato.

Dunque, si può cominciare ad affermare che detto istituto trova la propria base innanzitutto nelle direttive 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE, relativa agli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, e 2014/25/UE, disciplinante le procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, e che abroga la direttiva 2004/17/CE^[20].

In tutte le direttive citate sono specificati tre requisiti determinanti la natura di organismo di diritto pubblico, consistenti nella soddisfazione di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, nella personalità giuridica e nell'influenza pubblica dominante. Quest'ultima può derivare dal finanziamento maggioritario da parte dello Stato, delle autorità regionali o locali o di altri organismi di diritto pubblico, dalla vigilanza sulla gestione esercitata da tali autorità od organismi, ovvero, ancora, dalla designazione da parte di questi ultimi di più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza.

Nell'ordinamento giuridico italiano, detta definizione è riprodotta invariata nel Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016), all'art. 3, comma 1, lett. d), nn. 1), 2), 3), anche se a ben vedere la medesima nozione era contenuta già nel D. Lgs. n. 163/2006, all'art. 3, comma 26.

Dalla normativa appena delineata si desume dunque una uniforme visione

dell'istituto dell'organismo di diritto pubblico tanto nel contesto europeo quanto in quello italiano. Tuttavia, questo non ha impedito che sorgessero dubbi interpretativi relativamente ai casi in cui è possibile affermare la presenza di ciascuno dei requisiti citati, così come accese discussioni dottrinali e giurisprudenziali si sono sviluppate con riguardo alla distinzione di detti organismi dalle imprese pubbliche^[21].

Concentrandoci sui requisiti in presenza dei quali si può configurare un organismo di diritto pubblico, occorre innanzitutto spendere qualche parola sui primi due tratti caratteristici di tali organismi^[22]: la soddisfazione di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale e la personalità giuridica.

In particolare, per quanto attiene al requisito personalistico, l'aspetto più rilevante che ha portato a qualche divergenza è stato quello relativo alla possibilità di estendere la nozione di organismo di diritto pubblico anche alle persone giuridiche di diritto privato. Tuttavia, tale dibattito ha coinvolto quasi esclusivamente la dottrina e la giurisprudenza nazionale, dal momento che la Corte di giustizia ha sempre ritenuto irrilevante la forma giuridica rivestita dall'organismo in questione^[23].

Sulla scorta del citato orientamento, al termine del secolo scorso il giudice amministrativo^[24] è giunto ad affermare che la forma societaria riveste carattere neutrale ai fini della configurazione dell'organismo di diritto pubblico, dato che ad assumere rilievo sono soltanto gli elementi strutturali e funzionali. Inoltre, nel 2008 anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono allineate all'orientamento europeo, facendo propria la considerazione secondo cui ciò che determina la natura di organismo di diritto pubblico non è la forma giuridica ma l'effettiva realtà interna dell'ente e la sua preordinazione a soddisfare specifici bisogni, così da produrre utilità per la collettività^[25].

Tale prevalente impostazione seguita tanto a livello europeo quanto nazionale, inquadrabile nella teoria c.d. "funzionale" (o finalistica), non è andata priva di contrasti. In altre decisioni, infatti, si è ritenuta più adeguata la tesi c.d. "gestionale", per la quale risulta determinante ai fini della nozione di organismo di diritto pubblico l'esame dell'attività svolta dall'ente, e non i bisogni che esso mira a soddisfare^[26].

Più intricato si è posto il tema legato al requisito teleologico^[27], se si considera che i

primi dubbi interpretativi sono sorti già con riguardo al significato da attribuire al periodo «*istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*». A tal proposito si è giunti ad affermare che laddove un ente adempiesse ad una sola di tali condizioni, esso non potrebbe assurgere al ruolo di organismo di diritto pubblico. Sicché si evince il legame indissolubile che intercorre tra tali due requisiti funzionali.

La Corte di giustizia ha da tempo posto l'accento sulla necessità che ai bisogni di interesse generale si accompagni altresì il carattere non industriale o commerciale, alludendo così al fatto che non ogni bisogno di interesse generale ha anche carattere non industriale o commerciale^[28]. Proprio per tale ragione è indispensabile, ai fini della configurazione di un simile organismo, che siano presenti entrambe le menzionate caratteristiche.

Successivamente, tale impostazione è stata assunta anche dai giudici nazionali: dapprima dal Consiglio di Stato, con la sentenza n. 1267 del 16 settembre 1998, e poi dalla Corte di Cassazione, con la sentenza n. 97 del 4 aprile 2000, resa dalle Sezioni Unite. Più nel dettaglio, in quest'ultima decisione è stata richiamata la disciplina europea già introdotta dalla Corte di giustizia, e in linea con essa si è riconosciuta l'esistenza di una differenza tra gli interessi generali e quelli non aventi carattere industriale o commerciale. Invero, ai fini della definizione dell'organismo di diritto pubblico, tali tipologie di interessi vengono a formare due condizioni la cui contestuale sussistenza risulta fondamentale^[29].

A complicare ulteriormente la questione appena delineata si aggiunge la mancanza a monte di una definizione di bisogni di interesse generale. Infatti, è stato l'Avvocato generale Alber Siegbert, nelle conclusioni presentate per la causa C-373/00^[30], a osservare come né la legge né la Corte di giustizia provvede a definire tale concetto, lasciando così un vuoto normativo che richiede un costante accertamento caso per caso di una siffatta natura da parte dei giudici. In realtà tale vuoto è fisiologico, in quanto è conseguenza dell'approccio finalistico seguito in prevalenza dalla giurisprudenza nazionale ed europea per l'identificazione degli organismi di diritto pubblico, di cui si discorreva poco più sopra.

Per quanto attiene, invece, al carattere non industriale o commerciale, la Corte di giustizia ha affermato a più riprese che esso può ritenersi sussistente nel caso in cui i bisogni che l'ente mira a soddisfare siano appagati in modo diverso

dall'offerta di beni o servizi sul mercato e si ha un intervento diretto dello Stato, interessato a mantenere un'influenza dominante^[31] .

Tuttavia, nonostante le definizioni del giudice europeo, sono emerse comunque perplessità in merito al concreto accertamento della sussistenza di siffatti caratteri in capo a una persona giuridica. Ciò ha spinto tale giudice a ricercare ulteriori criteri che potessero fungere da validi indizi per tale accertamento. Tra essi, il fattore che più sembra aver dato esiti favorevoli in tal senso è quello della concorrenzialità, che poggia sul presupposto della non irrilevanza del fatto che l'organismo in questione operi in un contesto concorrenziale, in quanto tale circostanza può portare ad escludere che si tratti di bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale^[32] .

Per chiudere questa breve sintesi dei principali aspetti che interessano i requisiti personalistico e teleologico, occorre rammentare che l'organismo di diritto pubblico per essere qualificato tale deve certamente porre in essere un'attività rivolta al perseguimento di interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale; ciononostante, non è necessario che tale attività sia l'unica concretamente esercitata da detto organismo. È ben possibile pertanto che del soggetto interessato venga accertata la natura di organismo di diritto pubblico nonostante questi persegua anche uno scopo di lucro. Anzi, si ammette addirittura la possibilità che i compiti di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale occupino una parte minima di tutte le attività svolte dall'ente^[33] .

Inoltre, risulta ormai ampiamente affermato che le norme in ambito di appalti pubblici, che l'organismo di diritto pubblico in quanto tale è tenuto ad osservare, si estendono anche a quelle attività che esulano dall'ambito dei bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, fino ad abbracciare eventuali attività che al contrario si connotano proprio per l'assenza di simili caratteri, sempre che interessino lo stesso organismo di diritto pubblico. La dottrina e la giurisprudenza unionale hanno definito tale fenomeno come "teoria del contagio", evidenziando così l'impossibilità di considerare separatamente le attività di un organismo di diritto pubblico: aventi e non carattere industriale o commerciale. Ciò, infatti, contrasterebbe con la *ratio* dell'istituto – come si è già detto, volta ad evitare il rischio che operatori economici nazionali siano preferiti dalle amministrazioni aggiudicatrici in sede di

affidamento di un appalto – e pregiudicherebbe il principio di certezza del diritto, che *«esige che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati»*^[34].

4. Il terzo requisito: l'influenza pubblica dominante. Considerazioni conclusive

Un discorso a parte deve essere fatto con riguardo al terzo presupposto degli organismi di diritto pubblico: quello dell'influenza pubblica dominante. Tale requisito, infatti, oltre a porsi al centro della causa qui in commento – il che comporta la ragionevolezza di una trattazione a parte della tematica – appare di straordinaria importanza ai fini dell'indagine circa la natura di organismo di diritto pubblico, consentendo di riconoscere i casi in cui si è al cospetto di un intervento pubblico diretto, potenzialmente condizionante le decisioni dell'ente in questione.

Secondo gli artt. 6, comma 4, lett. c), della direttiva 2014/23/UE, 2, comma 1, n. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE, 3, comma 4, lett. c), della direttiva 2014/25/UE e 3, comma 1, lett. d), n. 3, del D. Lgs. n. 50/2016 l'influenza pubblica si ha qualora lo Stato, le autorità regionali o locali, ovvero altri organismi di diritto pubblico finanzino l'organismo in modo maggioritario, oppure vigilino sulla gestione di quest'ultimo, ovvero, ancora, designino più della metà dei membri del suo organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza.

Dalla lettura dei menzionati articoli e da un esame dei differenti commi ivi previsti si può rilevare un aspetto di diversità tra i tre presupposti che qualificano un organismo di diritto pubblico e le tre ipotesi per determinare l'influenza pubblica dominante. Invero, il Legislatore, a differenza di quanto previsto complessivamente con riferimento ai tre elementi determinanti la natura di detti enti (personalistico, teleologico e dell'influenza pubblica dominante), i quali devono essere compresenti^[35], interpone tra le ipotesi alla base del terzo requisito la congiunzione disgiuntiva “o”, così da indicare chiaramente l'alternatività delle stesse. Pertanto, un organismo di diritto pubblico, affinché possa definirsi tale, dovrà vantare personalità giuridica, perseguire scopi di interesse generale privi del carattere industriale o commerciale, oltre che essere finanziato dallo Stato, dalle autorità regionali o locali, o da altri organismi di diritto pubblico in misura

maggioritaria, ovvero essere soggetto al controllo sulla gestione da parte di tali soggetti pubblici, o ancora avere il proprio organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza costituito da membri più della metà dei quali designata dalle predette autorità.

I primi dubbi interpretativi che afferiscono al terzo presupposto sono sorti sulla definizione di finanziamento pubblico e sui casi in cui lo stesso si possa ritenere sussistente, oltre che maggioritario.

Sin dalla sentenza *Mannesmann*^[36] la Corte di giustizia si è espressa sul significato che dovesse assumere il termine “finanziato”, associandolo al concetto della stretta dipendenza da un’amministrazione pubblica (segnatamente, lo Stato, un ente pubblico territoriale o un altro organismo di diritto pubblico), seppur non omettendo di osservare che tale rapporto tra l’organismo e i poteri pubblici non vale per ciò solo a determinare la sussistenza del requisito dell’influenza pubblica, potendo tuttalpiù fungere da valido indizio in tal senso^[37]. Inoltre, dal punto di vista prettamente nozionistico, il giudice europeo ha precisato che per finanziamento pubblico si debba intendere «*un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione*», tale da finanziare o sostenere le attività dell’ente interessato^[38].

Ulteriori interrogativi sono sorti anche per ciò che riguarda la misura percentuale affinché il finanziamento pubblico possa considerarsi maggioritario. Infatti, fu proprio la *High Court of Justice (England and Wales) – Queen’s Bench Division*, nella già citata causa 380/98 (*University of Cambridge*), a sottoporre alla Corte di giustizia la questione del significato da attribuire all’espressione “*finanziata in modo maggioritario*”, presente nelle allora vigenti direttive sugli appalti (92/50/CEE; 93/36/CEE; 93/37/CEE).

Fornendo la propria interpretazione, la Corte ha affermato che un finanziamento di tal fatta debba necessariamente essere superiore al 50%, dato che normalmente il termine “maggioritario” viene utilizzato per indicare un quantitativo superiore alla metà^[39]. Tale percentuale, si è osservato, deve essere calcolata prendendo in considerazione tutte le entrate che fanno capo all’organismo, comprese quelle provenienti dallo svolgimento dell’eventuale attività commerciale^[40].

È solo il caso qui di sottolineare che il giudice europeo, per sostenere che il criterio quantitativo fosse quello più adeguato per stabilire la sussistenza di un’influenza pubblica dominante derivante dal finanziamento dell’organismo, ha

richiamato il concetto di impresa pubblica. In particolare, si è riferito ai presupposti previsti dall'art. 1, n. 2, della direttiva 93/38/CEE, vigente in quell'epoca, sulla scorta dei quali poteva desumersi che le autorità pubbliche esercitassero una influenza dominante su dette imprese (detenzione della maggioranza del capitale sociale; controllo della maggioranza dei voti; ovvero, nomina di più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza), ritenendo che a maggior ragione tale parametro (quantitativo appunto) dovesse valere anche con riguardo ad un finanziamento pubblico^[41].

Infine, occorre precisare che a nulla rileva che il finanziamento avvenga in maniera diretta piuttosto che indiretta, e ciò non solo è stato più volte sostenuto dalla Corte di giustizia^[42] ma anche il giudice nazionale non ha mancato di ribadirlo, facendo propria l'interpretazione europea^[43].

Quanto agli altri due requisiti che indicano la presenza di una influenza pubblica dominante, ossia il c.d. "controllo della gestione" da parte dello Stato, di autorità regionali o locali, ovvero da altri organismi di diritto pubblico e la nomina di più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza da parte dei predetti soggetti pubblici, mentre non si sono posti particolari problemi relativamente al secondo, qualche incognita è sorta con riguardo al primo.

In particolare, alla Corte è stato richiesto di fornire la propria interpretazione circa la portata dell'elemento del controllo sulla gestione, e a seguito di ciò essa ha sottolineato la necessità che il controllo sia tale da comportare una dipendenza dai poteri pubblici simile a quella che si verifica allorché l'organismo sia finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altre autorità od organismi pubblici, ovvero laddove più della metà dei membri degli organi direttivi dello stesso siano nominati da tali autorità od organismi^[44].

Un simile controllo è stato ritenuto delineabile in via generale nel caso di possesso da parte delle autorità pubbliche del pacchetto di maggioranza delle quote dell'organismo (o comunque di una quota di capitale sufficiente per esercitare il controllo), traendo spunto così dai comuni concetti di diritto privato^[45].

Diversamente, è stata esclusa la possibilità di ritenere idoneo in tal senso un controllo esercitato posteriormente. Infatti, così facendo verrebbe meno la capacità dei pubblici poteri di influire sulle decisioni dell'organismo interessato in

ambito di appalti pubblici^[46].

Dunque, appare chiaro che il controllo cui si riferisce la normativa dettata sia dal Legislatore europeo che da quello italiano si fonda su di un particolare legame tra l'organismo e lo Stato (o un'altra autorità pubblica, ovvero ancora un altro organismo di diritto pubblico), che consente a quest'ultimo di influenzare le scelte economiche del primo. Non a caso è stato osservato che laddove l'organismo interessato sia una società per azioni il concetto di controllo non può che trovare la propria origine nell'art. 2359 del Codice civile^[47]. Ivi, infatti, sono indicati i tre elementi identificanti una siffatta circostanza: la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, ovvero un numero sufficiente per esercitare un'influenza dominante nella predetta assemblea, nonché la mera influenza dominante derivante da accordi.

Il requisito dell'influenza pubblica dominante assume particolare rilievo in questo commento, perché, come si è visto, la Corte di giustizia nella propria sentenza del 3 febbraio 2021 vi ha dedicato diversi punti, prendendo in considerazione sia il D. Lgs. n. 242/1999 sia lo Statuto del C.O.N.I. e confrontandoli con la normativa europea sugli appalti pubblici.

L'intento è stato quello di cogliere possibili profili sintomatici di un controllo del Comitato Olimpico sulla gestione della F.I.G.C., alla luce dei diversi compiti di tipo organizzativo e direttivo affidati al primo. Infatti, come si è già avuto modo di ricordare, nello svolgere una indagine per determinare la presenza o meno di un siffatto controllo di gestione, così come per verificare la sussistenza degli altri due requisiti (personalistico e teleologico), occorre servirsi di un insieme di elementi indiziari.

Pertanto, è stato innanzitutto evidenziato che se da un lato il Comitato è incaricato di dettare le regole sportive, etiche e strutturali, cui le Federazioni sportive nazionali sono tenute ad adeguarsi, dall'altro non si può fare a meno di notare che queste ultime sono dotate di autonomia tecnica, organizzativa e gestionale nell'ambito dell'ordinamento sportivo.

L'attenzione è stata riposta anche su altre circostanze che interessano i rapporti tra il C.O.N.I. e le Federazioni sportive nazionali. Tra esse, il potere di riconoscimento ai fini sportivi delle citate federazioni in capo al Comitato, oltre che il conseguente potere di revoca dello stesso nel caso in cui una federazione non soddisfi più le condizioni richieste dallo Statuto del Comitato, nonostante

non si possa non riportare l'osservazione dell'Avvocato generale su tale aspetto, con cui evidenzia come il procedimento per ottenere detto riconoscimento presupponga il rispetto da parte della singola federazione dei principi fondamentali definiti dal Consiglio nazionale del C.O.N.I., il che sembra far presumere che il Comitato possa solamente dettare regole di organizzazione rivolte alle federazioni, senza alcuna possibilità di influire sulla gestione delle stesse.

Al C.O.N.I. è attribuito anche il potere di adottare sempre nei confronti delle federazioni atti di indirizzo, deliberazioni, orientamenti, nonché istruzioni attinenti all'attività sportiva. Anche qui, a ben vedere, nonostante la Corte di giustizia abbia incaricato il giudice del rinvio di valutare se gli stessi siano tali da determinare un assetto di gestione delle federazioni, non pare azzardato dubitare che simili atti siano in grado di impattare sulla gestione. Infatti, sembra più ragionevole la tesi sostenuta dalla F.I.G.C. e dal C.O.N.I. stesso, secondo cui si tratterebbe di regole e orientamenti generali, dal contenuto ampio e astratto, inidonei a influire sulla gestione.

Quanto poi ai poteri del Comitato Olimpico di approvazione dei bilanci di previsione annuali delle Federazioni sportive, al fine di provare una concreta influenza dominante del primo sulle seconde, dovrebbe essere dimostrato un suo effettivo diritto di veto in ordine all'adozione dei bilanci stessi – circostanza che spetterà al giudice del rinvio verificare.

Di rilievo sono anche il potere del predetto ente pubblico di nominare i revisori dei conti delle federazioni, nonostante essi non vantino alcun potere di gestione o di rappresentanza nei confronti delle federazioni medesime; quello di controllare l'esercizio delle attività di stampo pubblicistico attribuite alle predette federazioni, sebbene esso sembri rivolto solamente al controllo del regolare svolgimento delle competizioni, della preparazione olimpica, dell'attività sportiva di alto livello e dell'utilizzazione degli aiuti finanziari; nonché, quello di commissariare le federazioni, che secondo la F.I.G.C. e il Comitato consisterebbe in un mero controllo di regolarità.

In ogni caso, anche laddove il giudice del rinvio dovesse accertare la presenza di un effettivo controllo sulla gestione, suscita non irrilevanti perplessità il fatto che i presidenti delle Federazioni sportive nazionali formano parte del Consiglio nazionale e della Giunta nazionale del C.O.N.I., con possibilità dunque di

influenzarne l'attività, sicché ne deriverebbe un'attenuazione dell'anzidetto potere di controllo del Comitato Olimpico.

1. A ben vedere, già con la sentenza Corte Giust. UE, 20 settembre 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*, la Corte, chiamata a fornire la propria interpretazione della direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971, coordinante le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, e che prevedeva una definizione di amministrazione aggiudicatrice alquanto restrittiva, ricomprendendo soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico di cui all'allegato I della direttiva, assunse una posizione differente rispetto al Legislatore. Sostenne, infatti, che la nozione enucleata dalla direttiva doveva essere intesa in maniera funzionale, in quanto *«la finalità della direttiva, consistente nella effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici, sarebbe infatti compromessa se l'applicazione del regime della direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell'amministrazione statale»*.
2. Evidenziano egregiamente questa tematica L. R. Perfetti – A. De Chiara, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2004, 135 ss., laddove sostengono che *«ove si sia innanzi ad un soggetto che gode, per via della sua relazione con la sfera pubblica, di una posizione di riserva, vantaggio, sottrazione alla concorrenza di mercato, occorrerà assicurare la competizione tra i soggetti che in quest'ultimo operano per tramite dell'evidenza pubblica mentre, al contrario, comunque l'amministrazione partecipi del soggetto in questione (il che influirà sulla sua configurazione quale impresa pubblica) ovvero che questi presti o meno attività che corrispondono ad un pubblico servizio, l'entità in parola non sarà sottoposta alla disciplina speciale per la ricerca dei suoi contraenti laddove non si sottragga ai rischi tipici di chi opera nel mercato per via di un particolare beneficio corrispostogli da un soggetto pubblico»*.
3. Cfr. G. Greco, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico Comunitario*, 1, 1999, 184 ss., il quale ciononostante rileva che *«qualora non ci si volesse rassegnare a non avvalersi di tali istituti di origine comunitaria – che hanno una indubbia efficacia e completezza definitoria – per dare supporto normativo alla nostra nozione di ente pubblico (non economico), si può dire che quest'ultimo corrisponda alla differenza algebrica tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica. Ovvero, se si crede, che il nostro ente pubblico corrisponde ad un organismo di diritto pubblico, che non sia peraltro inquadrabile anche nella specifica nozione di impresa pubblica»*; G. Greco, insieme a M. Cafagno, D. U. Galetta, M. Ramajoli, M. Sica, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. I, Giuffrè, 2017, 93 ss.; R. Garofoli, *Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, R. Garofoli, M. A. Sandulli (a cura di), Giuffrè, 2005.

CERIDAP

4. Corte Giust. UE, 3 febbraio 2021, cause riunite C-155/19 e C-156/19, *Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), Consorzio Ge.Se.Av. S.c. arl c. De Vellis Servizi Globali Srl*, ECLI:EU:C:2021:88.
5. Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2019, n. 1006.
6. Si veda il punto 35 della sentenza oggetto della presente nota.
7. La Corte di giustizia ha così rievocato quanto già inizialmente affermato nelle sentenze del 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rbeden c. BFI Holding BV*, punto 62 e del 15 maggio 2003, C-214/00, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, punti 55 e 56.
8. Si veda Corte Giust. UE, 10 novembre 1998, C-360/96, cit. In questo senso, l'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona, nelle sue conclusioni presentate l'1 ottobre 2020 relativamente alla sentenza in esame, al punto 49, ha ritenuto irrilevante quanto disposto dall'art. 23, comma 1-bis, secondo periodo, dello Statuto del C.O.N.I. con riguardo alle Federazioni sportive nazionali («*La valenza pubblicistica dell'attività non modifica l'ordinario regime di diritto privato dei singoli atti e delle situazioni giuridiche soggettive connesse*»), stante la chiara impostazione della Corte, che, come si dirà in seguito, propende per l'irrelevanza del fatto che un ente soddisfi bisogni di interesse generale soltanto in minima parte rispetto alle altre proprie attività.
9. In detto senso, Corte Giust. UE, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, punto 69, in cui si è evidenziato altresì, con specifico riguardo al controllo della gestione dell'organismo, che affinché si possa reputare soddisfatto un siffatto requisito, è essenziale che il controllo si sostanzi in una dipendenza dell'organismo dai poteri pubblici pari a quella esistente laddove sussista un finanziamento maggioritario da parte di tali poteri ovvero la nomina della maggioranza dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'organismo da parte degli stessi. Solo in tal modo i poteri pubblici potranno influenzare le decisioni dell'organismo in ambito di appalti pubblici.
10. Ult. Sent. cit., punto 70.
11. Art. 7, comma 2, lett. e), del D. Lgs. n. 242/1999.
12. Punti 55 e 56 della sentenza in esame.
13. Ivi, punti 61, 62 e 63.
14. Tali poteri sono previsti agli artt. 5, comma 2, lett. a), 15, comma 1, del D. Lgs. n. 242/1999 e 20, comma 4, 23, commi 1-bis e 1-ter, dello Statuto del C.O.N.I.
15. Così, gli artt. 7, comma 5, lett. l), e 22, comma 5, dello Statuto del C.O.N.I.
16. Artt. 15, comma 3, del D. Lgs. n. 242/1999 e 7, comma 5, lett. g2), e 23, comma 2, dello Statuto del C.O.N.I.
17. Di cui agli artt. 5, comma 2, lett. e), del D. Lgs. n. 242/1999 e 6, comma 4, lett. e) ed e1), 7, comma 5, lett. e) e 23, comma 3, dello Statuto del C.O.N.I.
18. Il potere di commissariamento è sancito agli artt. 5, comma 2, lett. e-ter), 7, comma 2, lett. f), del D. Lgs. n. 242/1999, oltre che agli artt. 6, comma 4, lett. f1), 7, comma 5, lett. f) e 23, comma 3, dello Statuto del C.O.N.I.

19. Data la indicazione nel presente commento di svariate sentenze della Corte di giustizia in ambito di organismo di diritto pubblico, ci si limita qui a riportare, a mero titolo di esempio, qualche recente decisione assunta a livello nazionale: Cass., Sez. Un., Ord., 1 agosto 2012, n. 13792; Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8051; Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2015, n. 552; Cass., Sez. II, 9 settembre 2016, n. 17845; Cass., Sez. I, 31 gennaio 2017, n. 2483.
20. Sebbene già nelle precedenti direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, coordinanti rispettivamente le procedure di appalto nei settori energetici e nei settori ordinari, e ancora prima nelle direttive 93/37/CEE, 92/50/CEE e 93/36/CEE, il Legislatore europeo aveva provveduto a fornire una chiara definizione di organismo di diritto pubblico. Tanto che detta nozione è rimasta invariata nei testi normativi susseguiti. Per quanto interessa le direttive attualmente in vigore, la nozione è rinvenibile agli artt. art. 6, comma 4, lett. a), b) e c), della direttiva 2014/23/UE, 2, comma 4, lett. a), b) e c), della direttiva 2014/24/UE e 3, comma 4, lett. a), b) e c), della direttiva 2014/25/UE.
21. Sull'argomento si veda A. Police, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, commento a Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Dritto processuale amministrativo*, 1, 1996, 147 ss.
22. Giova sin da subito premettere che la Corte di giustizia, nell'interpretare le condizioni poste dall'allora vigente art. 1, lett. b), comma 2, della direttiva 93/37/CEE, ne ha da subito desunto il carattere cumulativo. Vedasi in proposito la giurisprudenza europea a partire dalla nota pronuncia Corte Giust. UE, 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann Anglagenbau Austria AG e a. c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*. Per un commento alla stessa, G. Greco, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, commento a Corte Giust. UE, 15 gennaio 1998, C-44/96, cit., in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3-4, 1998, 733 ss.
23. Infatti, la Corte adotta un criterio oggettivo per rilevare l'esistenza di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, e dunque per ricondurre una persona giuridica tra gli organismi di diritto pubblico. A tal fine, si vedano Corte Giust. UE, 10 novembre 1998, C-360/96, cit., punto 63, e Corte Giust. UE, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, punto 60.
24. Cons. Stato, Sez. VI, 27 ottobre 1998, n. 1478, ove il Giudice, dopo aver delineato le due tesi: quella gestionale, secondo cui «non potrebbe venire in rilievo un organismo di diritto pubblico qualora l'attività dell'ente sia retta da regole di economicità (metodo economico) e tenda a perseguire direttamente fini di lucro»; e quella finalistica, per cui «ai fini dell'identificazione dell'organismo rilevarebbe invece l'individuazione di un interesse generale della collettività, mentre risulterebbero neutre la forma giuridica del soggetto e le modalità gestionali suscettibili di assumere connotazioni anche di tipo economico e commerciale», sostiene non sia convincente la prima delle due tesi, in quanto consentirebbe alle amministrazioni di costituire società per azioni controllate dalle stesse

- per eludere il sistema concorrenziale della disciplina comunitaria sugli appalti pubblici. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2000, n. 2078; Cons. Stato, Sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2922.
25. Cass., Sez. Un., 7 ottobre 2009, n. 24722, in cui la Corte di Cassazione ha espressamente affermato che «*non è tanto la veste giuridica che conta, quanto l'effettiva realtà interna dell'ente e la sua preordinazione al soddisfacimento di un certo tipo di bisogni, cui anche le imprese a struttura societaria sono in grado di provvedere*». Su questo tema si vedano i lavori di L. Righi, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 1996, 347 ss. e di D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1, 1997, 51 ss.
26. Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5902. Sul punto, si veda G. Greco, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1, 2005, 61 ss., che, dopo aver evidenziato l'impostazione da sempre accolta dalla Corte di giustizia, volta ad estendere la nozione di organismo di diritto pubblico, spesso ricomprendendo anche quella di impresa pubblica, in una logica «*finalistic[a] e funzionale*», incentrata sulla mera distinzione tra bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale e bisogni di interesse generale aventi tale connotazione, mette in luce l'apparente cambio di visione del giudice europeo, che si è avuto con la sentenza Corte Giust. UE, 22 maggio 2003, C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy e Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c. Varkauden Taitotalo Oy*. L'Autore osserva che in tale pronuncia la Corte di giustizia ha cominciato a fare propria la teoria che pone al centro della distinzione l'attività svolta dall'organismo (perseguimento del fine lucrativo e assunzione dei rischi e delle perdite connesse all'attività), e non il tipo di bisogni da soddisfare - che, al contrario, caratterizzava il criterio finalistico/funzionale. Così facendo, prosegue l'Autore, la Corte sembra sposare la tesi gestionale (e non quella funzionale), il che permette di distinguere «*imprese (e società) vere da imprese (e società) false o apparenti: per ricomprendere queste ultime nella nozione di organismo di diritto pubblico, escludendo viceversa le prime*». Sul rischio d'impresa, visto quale precipuo elemento per determinare i casi in cui si è al cospetto di organismi di diritto pubblico piuttosto che di imprese pubbliche, si legga D. Palazzo, *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Diritto amministrativo*, 1, 2019, 155 ss.
27. Effettua un oculato esame di tale requisito G. Scarafiocca, *Il privato e l'interesse generale. I nuovi confini dell'amministrazione ed il riparto di giurisdizione. Note a margine di due sentenze del T.A.R. Toscana*, commento a T.A.R. Toscana, Sez. II, 10 settembre 1998, n. 783 e T.A.R. Toscana, Sez. I, 20 dicembre 1999, n. 1114, in *Dritto processuale amministrativo*, 1, 2001, 146 ss.

28. Corte Giust. UE, 10 novembre 1998, C-360/96, cit., punti 34 e 35, in cui, in particolare, la Corte afferma che *«l'unica interpretazione che possa garantire l'effetto utile dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50 è quella di ritenere che tale disposizione abbia istituito, nell'ambito della categoria dei bisogni di interesse generale, una loro sotto-categoria comprendente quelle di carattere non industriale o commerciale»*. *«Infatti, se il legislatore comunitario avesse ritenuto che tutti i bisogni di interesse generale rivestissero carattere non industriale o commerciale, non l'avrebbe specificato, poiché in tale prospettiva, questo secondo elemento della definizione non presenterebbe alcuna utilità»*. Si vedano anche Corte Giust. UE, 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà Srl e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Cifat Soc. coop. Arl* e Corte Giust. UE, 22 maggio 2003, C-18/01, cit.
29. La Corte di Cassazione, riprendendo la distinzione operata dalla Corte di giustizia, afferma che la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico *«postula il concorso di due requisiti: a) in primo luogo, l'organismo deve essere istituito per la soddisfazione di bisogni di interesse generale, per tali dovendosi intendere quelli riferibili ad una collettività di soggetti, di ampiezza e contenuto tali da giustificare che i bisogni siano soddisfatti mediante la creazione di un organismo soggetto all'influenza dominante della autorità pubblica (...); b) in secondo luogo, i bisogni di interesse generale non devono avere carattere commerciale o industriale, nel senso che non devono essere suscettivi di soddisfacimento mediante lo svolgimento di attività aventi natura commerciale o industriale, e cioè mediante attività di produzione o scambio di beni e servizi a favore di una indifferenziata platea di operatori economici, consumatori o utenti»*.
30. Conclusioni dell'Avvocato generale Siegbert Alber presentate il 21 marzo 2002 nella causa della Corte Giust. UE, 27 febbraio 2003, C-373/00, cit.
31. Cfr. Corte Giust. UE, 10 novembre 1998, C-360/96, cit., punti 50-51; Corte Giust. UE, 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, cit., punto 37; Corte Giust. UE, 27 febbraio 2003, C-373/00, cit., punto 50; Corte Giust. UE, 22 maggio 2003, C-18/01, cit., punto 47; Corte Giust. UE, 16 ottobre 2003, C-283/00, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, punto 80. Cfr. anche R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Giuffrè, 1998; Id., *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998.
32. Così, Corte Giust. UE, 10 novembre 1998, C-360/96, cit., punti 48-49; Corte Giust. UE, 16 ottobre 2003, C-283/00, cit., punto 81; Corte Giust. UE, 27 febbraio 2003, C-373/00, punto 60; Corte Giust. UE, 10 aprile 2008, C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*, punto 41. Anche il giudice nazionale si è espresso al riguardo, evidenziando che la sussistenza del carattere non industriale o commerciale *«è desunta, in primo luogo, dalla peculiare connotazione "interna" dell'assetto societario e, in particolare, dalla esistenza di relazioni finanziarie con l'ente pubblico che assicurano, secondo diverse modalità, la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'organismo. In secondo luogo, elemento "esterno", di valenza*

indiziaria, dell'assenza del metodo economico può essere costituito dal contesto in cui l'attività viene esercitata e cioè dall'esistenza o meno di un mercato di beni o servizi oggetto delle prestazioni erogate. La mancanza di un mercato non può ovviamente derivare dal fatto che in esso operi la sola società pubblica ma occorre stabilire se un mercato abbia la possibilità di esistere valutando le caratteristiche dei beni e servizi offerti, i loro prezzi, nonché la presenza anche solo potenziale di più fornitori. Quando si accerta che manchi effettivamente un mercato concorrenziale idoneo, per le sue oggettive condizioni, ad indurre gli operatori economici a svolgere in quel settore la propria attività ciò rappresenta certamente un rilevante elemento probatorio circa l'assenza del metodo economico e dunque dell'attività di impresa» (Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574). Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570.

33. L'orientamento si è delineato sin dalla sentenza Corte Giust. UE, 15 gennaio 1998, C-44/96, cit., punti 25-26, in cui si è sottolineato tale concetto con riferimento all'ente economico autonomo *Österreichische Staatsdruckerei*, il quale, pur svolgendo attività legate alla stampa - e dunque di interesse generale - si occupava altresì della produzione di altri stampati, dell'edizione e della distribuzione di libri. Cfr. anche Corte Giust. UE, 10 aprile 2008, C-393/06, cit., punto 47.
34. Cfr. Corte Giust. UE, 15 gennaio 1998, C-44/96, cit., punti 32-33-34 e Corte Giust. UE, 10 aprile 2008, C-393/06, cit., punto 19. Sul piano nazionale, si veda Cass., Sez. Un., 7 ottobre 2008, n. 24722, cit., dove il giudice di legittimità ha rimarcato che «*in base alla normativa di riferimento, non è possibile distinguere gli appalti direttamente in rapporto con l'interesse pubblico da quelli che tale connessione non hanno perchè lo status di organismo di diritto pubblico dipende unicamente dalla contemporanea presenza dei tre requisiti sopra ricordati e non dal tipo di attività di volta in volta esercitata*», e che «*l'esigenza di certezza del diritto esclude che la qualifica di un ente possa variare in funzione dell'oggetto degli appalti che pertanto, se aggiudicati da un organismo classificabile tra quelli di diritto pubblico, ricadono tutti sotto la disciplina comunitaria indipendentemente dall'obiettivo particolare che si prefiggono*». Di parere contrario L. R. Perfetti – A. De Chiara, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa*, cit., 178, che rilevano come la teoria del contagio finirebbe per creare delle anomalie nel mercato e tra le imprese, in quanto porterebbe all'assurda necessità per una impresa che persegue interessi di carattere generale e che non assume il rischio derivante dalla propria attività di dover comunque rispettare la disciplina pubblicistica dettata per gli appalti pubblici, con conseguente detrimento rispetto ai propri *competitors*. Per gli autori «*[s]i tratta di un impostazione che non tiene affatto conto della complessità delle strutture dei gruppi societari e delle sinergie tra le attività che le imprese esercitano*».
35. Infatti, nei diversi articoli delle menzionate direttive, prima della indicazione dei requisiti, si legge che l'organismo di diritto pubblico deve presentare «*tutte le seguenti caratteristiche*», rimarcando così la necessità che l'organismo non solo abbia personalità giuridica e persegua finalità di interesse generale prive di carattere industriale o commerciale, ma anche che vi sia un assoggettamento dello stesso ai poteri pubblici.

36. Corte Giust. UE, 15 gennaio 1998, C-44/96, cit.
37. Corte Giust. UE, 3 ottobre 2000, C- 380/98, *The Queen c. H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, punti 20 e 21.
38. Ult. sent. cit., ove peraltro la Corte di giustizia, con riguardo alle università, ha affermato che i contributi per borse di studio possono essere considerati un finanziamento pubblico, essendo detta nozione estesa alle sovvenzioni e ai finanziamenti concessi ai fini di promozione della ricerca. «*Tali erogazioni di somme, infatti, costituiscono provvedimenti a carattere sociale istituiti a vantaggio di taluni studenti che da soli non sono in grado di sostenere l'onere di spese di istruzione talvolta assai elevate. Poiché tali erogazioni sono coinvolte da una controprestazione contrattuale, occorre considerarle come rientranti in un finanziamento concesso da un'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito delle sue attività nel settore della pubblica istruzione*». Cfr. anche Corte Giust. UE, 13 dicembre 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen c. GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, in cui il giudice europeo ha ritenuto che il percepimento da parte di un organismo di canoni corrisposti dai consumatori per il servizio di radiodiffusione in forza di una legge – e non di un contratto – dovesse configurare un finanziamento statale, in quanto tale pagamento era dovuto per il solo fatto di detenere un apparecchio ricevente, dunque non quale corrispettivo del servizio fornito. Nello stesso senso, sebbene con specifico riguardo ai contributi versati per le casse pubbliche di assicurazione malattia, Corte Giust. UE, 11 giugno 2009, C- 300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schubtechnik c. AOK Rheinland/Hamburg*. Id. Corte Giust. UE, 12 settembre 2013, C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG c. Ärztekammer Westfalen-Lippe*.
39. Oggi tale orientamento risulta confermato dalle direttive 2014/23-24-25, in cui nelle premesse si specifica che «*la giurisprudenza ha anche esaminato la condizione relativa all'origine del finanziamento dell'organismo in questione, precisando, tra l'altro, che per «finanziati in modo maggioritario» si intende per più della metà*».
40. Corte Giust. UE, 3 ottobre 2000, C- 380/98, cit., punto 36.
41. Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Alber presentate l'11 maggio 2000 nella causa Corte Giust. UE, 3 ottobre 2000, C- 380/98, cit., punto 58. Quest'ultimo, riferendosi alla citata direttiva 93/38, osserva appunto che «*'public undertaking' is defined inter alia as an undertaking in which the State owns, directly or indirectly, at least half of the capital. If that quantitative criterion is what makes an undertaking a public undertaking, it must certainly apply to a body governed by public law, when determining the conditions under which financing is to be regarded as 'for the most part' public*».
42. A partire dalla sentenza Corte Giust. UE, 3 ottobre 2000, C- 380/98, cit. A tal fine si veda anche Corte Giust. UE, 12 settembre 2013, C-526/11, cit., punto 23, in cui nell'integrare la nozione già elaborata in precedenza, la Corte, in un'ottica di interpretazione funzionale della medesima, ha affermato che «*il criterio relativo al finanziamento maggioritario da*

parte dell'autorità pubblica include le modalità di finanziamento indirette».

43. Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2000, n. 2078, per cui *«la nozione di organismo di diritto pubblico, da interpretarsi in chiave teleologico-funzionale, non è indifferente a fenomeni di controllo indiretto del pacchetto di maggioranza del capitale sociale; (...) la disciplina richiamata contempla espressamente il caso in cui l'organismo di diritto pubblico sia a sua volta controllato da altro organismo della stessa specie».*
44. Corte Giust. UE, 1 febbraio 2001, C-237/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*. Si vedano, in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale Mischo presentate nella medesima causa, punto 48.
45. In tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748.
46. Corte Giust. UE, 27 febbraio 2003, C-373/00, cit., punti 70 e 74, ove peraltro si rimarca che, a differenza del controllo *ex post*, la verifica da parte delle autorità pubbliche dei conti annuali degli organismi e della regolarità ed esattezza, oltre che della redditività e razionalità della loro amministrazione, denota un controllo attivo sulla gestione. Lo stesso si dica nel caso in cui le predette autorità risultino legittimate a visitare i locali e gli impianti aziendali dell'organismo in questione, nonché a riferire circa dette verifiche a un ente locale che detenga indirettamente il capitale dell'organismo stesso.
47. Cass., Sez. Un., 12 maggio 2005, n. 9940.

Il Consiglio di Stato conferma l'annullamento della delibera di integrazione societaria tra A2A e AEB

Gherardo Carullo

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-26

Il Consiglio di Stato ha confermato l'illegittimità della delibera del Comune di Seregno con la quale era stato approvato un complesso progetto di integrazione societaria tra una propria partecipata ed A2A S.p.A.. La sentenza risulta particolarmente interessante sotto due profili: sia per le ragioni che hanno portato i giudici di appello a confermare l'obbligo della gara in circostanze come quelle del caso di specie, sia per le conseguenze che la pronuncia avrà sull'operazione.

The Council of State confirms the annulment of the corporate integration resolution between A2A and AEB

The Council of State confirmed the illegality of the resolution of the Municipality of Seregno which approved a complex corporate integration project between its subsidiary and A2A S.p.A.. The judgment is particularly interesting for two reasons. Firstly, it is confirmed that a public tender must be carried out in circumstances such as those of the present case, and secondly, it remains to be seen what consequences the ruling will have on the operation.

1. Introduzione

Il Consiglio di Stato – con sentenza del 1° settembre 2021 n. 6142 – ha confermato la pronuncia del T.A.R. Lombardia^[1] di annullamento della deliberazione del Consiglio comunale di Seregno di approvazione del progetto di integrazione societaria e industriale tra Ambiente Energia Brianza - A.E.B. S.p.A. (di seguito, AEB) ed A2A S.p.A. e i relativi gruppi aziendali (di seguito, A2A) ed

il progetto di scissione parziale di Unareti S.p.A. (di seguito, Unareti) in AEB (di seguito, operazione).

AEB, Comune di Seregno ed A2A hanno in particolare lamentato, nel merito, l'erronea applicazione da parte del giudice di prime cure delle disposizioni pubblicistiche sulla scelta del socio privato. A detta delle parti appellanti, si avrebbe in questo caso «*un'operazione straordinaria di matrice integralmente privatistica, come tale disciplinata esclusivamente dalle norme del diritto societario (ex art. 1, comma 3 d. lgs. n. 175/2016)*»^[2].

La tesi degli appellanti evidenzia che non vi sia stata una formale cessione di partecipazioni sociali pubbliche di AEB^[3], né vi sarebbe stata la costituzione *ex novo* di una società mista. Sicché, a loro dire, contrariamente a quanto ritenuto dal Collegio in primo grado, non sussisterebbe nella specie l'onere di gara per la selezione del partner operativo privato *ex art. 17 d.lgs. 175/2016* (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

Come si è detto, il Consiglio di Stato ha, condivisibilmente, rigettato le dette censure, confermando integralmente la sentenza di primo grado.

2. Fatti di causa ed il giudizio di primo grado

Secondo quanto riportato nella sentenza in commento, AEB, fino all'operazione, era una società *multiutility* industriale a totale partecipazione pubblica, operante in diversi settori, tra cui, per il tramite di società dalla stessa controllate, servizi economici di interesse generale a favore dei soci pubblici controllanti in regime di affidamento diretto mediante *in house providing*.

Per altro verso, A2A, pur prevalentemente operando nei medesimi settori di mercato di AEB, è invece una società quotata in borsa. Nonostante il capitale sociale sia detenuto per la metà dai Comuni di Milano e di Brescia, può essere agevolmente escluso che questa sia un ente *in-house* già per il sol fatto di essere essa quotata su di un mercato regolamentato. Anch'essa risulta gestire, per il tramite di società dalla stessa controllate, servizi economici di interesse generale, secondo il modulo dell'affidamento diretto a società miste, questa volta previo esperimento di una fase di evidenza pubblica per la scelta del socio privato.

L'operazione, approvata con la deliberazione consiliare annullata dal T.A.R. Lombardia, aveva disposto un'aggregazione industriale realizzata attraverso il

trasferimento da A2A dell'intero capitale sociale di una sua controllata ad Unareti, la scissione parziale del ramo di azienda della distribuzione del gas da Unareti e il suo conferimento in AEB, nonché il conferimento in natura, da parte di AEB, dei punti di riconsegna della distribuzione del gas naturale, appena acquisiti da detta scissione parziale del ramo di azienda di Unareti, nella sua società controllata RetiPiù S.p.A..

Per quanto riguarda la compagine sociale, l'operazione mirava, tra gli altri, a determinare la modificazione dell'entità soggettiva delle partecipazioni e dei relativi poteri di controllo, riducendo la partecipazione del Comune di Seregno al 36,472%, ed introducendo il nuovo socio privato A2A al 33,517%.

L'accordo quadro sottoscritto tra AEB ed Unareti ed il patto parasociale tra A2A ed il Comune di Seregno avevano altresì statuito che i componenti del consiglio di amministrazione di AEB fossero designati per la metà da A2A e per l'altra metà dal Comune di Seregno, che l'amministratore delegato di AEB fosse designato da A2A, previa consultazione con il Comune di Seregno, e che AEB e le società da questa controllate fossero sottoposte all'attività di direzione e di coordinamento di A2A.

Come detto, il T.A.R. Lombardia ha annullato la citata deliberazione del Consiglio comunale di Seregno accertando l'illegittimità degli atti impugnati, riassuntivamente, per violazione degli artt. 10 e 17 del d.lgs. n. 175/2016, ritenendo che *«pur non essendosi verificata una cessione di partecipazioni a fronte di una somma di denaro, [era] stato comunque corrisposto dalla A.E.B. s.p.a. alla A2a s.p.a. il corrispettivo per il bene conferito in natura, il quale [aveva] determinato un aumento del capitale sociale, la sua suddivisione in diverse categorie di azioni e la rideterminazione del valore delle stesse in base ad un valore di cambio»*. Dal che il giudice di primo grado ne aveva dedotto l'elusione delle regole di evidenza pubblica.

3. L'onere della gara

Come detto, il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado, con argomentazioni nel merito che appaiono particolarmente interessanti sia in relazione all'interpretazione della normativa nazionale, sia in una prospettiva di diritto dell'Unione europea.

In ragione delle già indicate caratteristiche dell'operazione tra A2A ed il Comune di Seregno, i giudici di Palazzo Spada hanno anzitutto rilevato che la stessa non configura, *stricto sensu*, una trasformazione ai sensi dell'art. 7, comma 7, lett. b), d.lgs. 175/2016. Hanno tuttavia altresì rilevato che «*le operazioni di fusione e scissione sono idonee a produrre modificazioni dell'assetto organizzativo non meno invasive e radicali rispetto alle operazioni di trasformazione*»^[4].

Da ciò discende, secondo la motivazione della sentenza, che anche tali modificazioni societarie debbano «*senz'altro sottostare alle procedure decisionali predeterminate all'art. 7, comma 7, con riguardo alla preventiva approvazione dell'amministrazione partecipante ed alla congrua motivazione dell'atto deliberativo anche sulla convenienza economica e sulla sostenibilità finanziaria per il socio pubblico*».

Non solo. Poiché l'operazione in questione ha in sostanza determinato l'ingresso di privati nel capitale di AEB, società precedentemente *in house* del Comune di Seregno, il Consiglio di Stato ha evidenziato che occorre altresì tener conto dei vincoli stabiliti per le società c.d. miste.

In particolare, applicando in via analogica l'art. 7, comma 5, d.lgs. 175/2016, i giudici di appello hanno ritenuto che l'operazione debba prevedere che l'individuazione del socio privato della società derivante dalla fusione o scissione avvenga mediante meccanismi di selezione con esperimento di procedure aperte o, nei casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione.

Inoltre, ai sensi dell'art. 17, comma 1, del medesimo decreto^[5], il Consiglio di Stato ha altresì ritenuto che il progetto di fusione debba «*esattamente indicare la società privata selezionata attraverso una procedura di evidenza pubblica – precisando, peraltro, i compiti operativi del socio privato – e predeterminare il rapporto di cambio in modo che al socio privato venga assegnata una quota di partecipazione non inferiore al 30% del nuovo capitale sociale della società derivante dalla fusione*»^[6].

Le argomentazioni del Consiglio di Stato, se certamente condivisibili anche solo tenendo conto del contesto normativo nazionale, appaiono ancor più ineludibili in una prospettiva di diritto UE.

In applicazione dei principi di trasparenza e non discriminazione non v'è infatti dubbio che l'apertura del capitale di una società a partecipazione pubblica affidataria di commesse pubbliche in regime di *in-house providing* debba avvenire

mediante una procedura che garantisca, pur a valle dell'affidamento, l'esistenza di un confronto concorrenziale *per* il mercato^[7].

Tale lettura è stata ormai da tempo espressamente indicata dalla Corte di giustizia nel caso *Acoset*^[8]. In tale occasione, la Corte ritenne legittimo l'affidamento diretto a una società mista nella quale il socio privato fosse selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispettasse i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dai Trattati europei^[9]. In altri termini, nell'impostazione accolta dalla Corte, la fase di evidenza pubblica è preordinata non già alla selezione dell'affidatario, quanto del socio da inserire nella compagine sociale.

4. I contratti in affidamento diretto mediante *in house providing*

Come esposto *supra*, AEB, in qualità di società *in house*, era e, per quanto noto, tutt'ora è affidataria diretta mediante *in house providing* di contratti pubblici.

Tale situazione risulta problematica in quanto l'avvenuta cessione del controllo potrebbe essere qualificata come un'elusione delle norme europee sull'evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture e di concessioni di servizi^[10]. In proposito si può ricordare il caso *SEA*, nel quale la Corte ebbe modo di affermare che la legittimità di un affidamento diretto può essere valutata anche tenendo in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto, proprio per valutare se l'ingresso di capitale privato non costituisca «una costruzione artificiale diretta ad eludere le norme comunitarie in materia»^[11].

Nel caso *ANAV* la Corte ha avuto modo di chiarire, ancor più inequivocabilmente, che «qualora, durante la vigenza del contratto ..., il capitale [della società affidataria *in-house*, n.d.a.] fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario»^[12]. Tale pronuncia appare

particolarmente significativa nel caso di specie in quanto pone l'accento proprio sull'apertura del capitale sociale «*durante la vigenza del contratto*», con ciò quindi chiarendo che la rilevanza di tale circostanza non è limitata al momento dell'aggiudicazione, dovendo essere considerata anche in corso di esecuzione del contratto onde valutare la legittimità dell'affidamento diretto^[13].

L'apertura del capitale sociale ad un privato può dunque mettere in crisi il modello di affidamento, poiché può venir meno il presupposto giuridico che consente di non applicare le norme europee sull'evidenza pubblica.

Va precisato in proposito che il legislatore europeo ha introdotto un'apertura alla presenza di capitale privato nelle società *in-house*^[14]. Le Direttive del 2014 hanno chiarito che, in determinate circostanze, può ammettersi la presenza di privati al ricorrere di tre stringenti e cumulative condizioni: che non sia comunque riconosciuto alcun «*controllo o potere di veto*»; che tali partecipazioni siano «*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati*»; e che sia esclusa la possibilità di esercitare «*un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*» dall'Amministrazione^[15].

Premesso che la selezione del socio privato dovrebbe comunque avvenire nel rispetto dei medesimi principi di trasparenza e non discriminazione descritti *supra* per le società miste^[16] – il che nell'operazione *de qua* come detto non è avvenuto –, nella specie si può escludere che sussista anche solo uno dei tre requisiti cumulativi richiesti dal legislatore europeo. A2A esercita il controllo su AEB, la sua presenza nel capitale sociale non è prescritta da alcuna norma nazionale, né è certamente escluso che A2A possa esercitare un'influenza dominante, esercitando anzi questa un potere di direzione e coordinamento.

Sul punto il Consiglio di Stato si è limitato ad affermare che «*il progetto di fusione o scissione dovrà obbligatoriamente programmare, tra l'altro, l'introduzione di limiti stringenti entro i quali ammettere la partecipazione del socio privato, atteso che quest'ultima, ancorché prevista dalla legge, deve avere uno spessore del tutto marginale, nel senso di non comportare un controllo o un potere di veto, né l'esercizio di un'influenza dominante sulla società (arg. ex art. 16, comma 1)*».

Se pur astrattamente tale statuizione appare conforme al citato dettato normativo, in concreto una simile impostazione potrebbe risultare incompatibile con quanto affermato in relazione alla disciplina delle società miste. Delle due

l'una: o il socio privato ha un ruolo di rilievo con una partecipazione societaria non inferiore al 30% (società mista), oppure ha uno «*spessore del tutto marginale*» (*in-house*). Non pare che le due fattispecie possano logicamente coesistere.

L'apparente inconciliabilità delle due affermazioni può però essere superata ove si consideri la prospettiva con cui il Consiglio di Stato ha statuito. Convalidando l'annullamento della Delibera del Comune, e confermando che, per l'esecuzione dell'operazione, è necessaria l'approvazione da parte del Consiglio, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che la formazione dell'attuale assetto societario si è realizzata *contra legem*.

Ne deriva che le due statuizioni non risultano in contrasto l'una con l'altra in quanto non indicano come sanare l'attuale situazione, bensì delineano i confini entro cui l'amministrazione, dopo aver ripristinato la legalità, dovrà muoversi per ripetere l'operazione. In altri termini, posto che l'attuale assetto non può essere mantenuto, spetterà all'amministrazione, con l'accordo delle parti private opportunamente selezionate, valutare se adottare il modello della società mista, ovvero quello della società *in-house*.

Nel frattempo, tuttavia, resta da risolvere la questione circa la sorte dell'operazione e gli affidamenti diretti ad AEB.

4. Quale sorte per l'operazione e gli affidamenti diretti ad AEB

Per valutare quale sorte debba avere l'operazione *de qua* è utile avviare la riflessione da un passaggio della pronuncia nel quale il Consiglio di Stato, confermando l'impostazione del giudice di primo grado, ha adottato una prospettiva particolarmente condivisibile. Considerato che «*il principio proconcorrenziale opera, di suo, nella prospettiva funzionale dell'effetto utile e che il correlativo apparato precettivo va considerato di natura materiale e non formale*», il Consiglio di Stato ha statuito che «*l'assoggettamento al regime interamente privatistico (ex art. 1, comma 3 TU) o l'intersezione segmentale con la disciplina pubblicistica evidenziale dipende, in concreto, dall'accertamento degli effetti sostanziali perseguiti e divisati*». Nella specie i giudici di appello hanno altresì ritenuto che detti effetti, «*realizzando una diluizione della partecipazione*

pubblica totalitaria in favore di una partnership istituzionale con un soggetto privato, sono, in definitiva, tali da sollecitare l'obbligo di attivare una strumentale procedura selettiva tra i potenziali operatori economici dei settori interessati».

La prospettiva sostanzialistica e il principio dell'effetto utile appaiono due utili, quanto necessari, elementi per valutare le conseguenze dell'annullamento.

Premessa del ragionamento deve essere la constatazione che la situazione in fatto prodottasi con l'operazione risulta elusiva delle norme europee e nazionali atte a garantire che la selezione dei contraenti della pubblica amministrazione avvenga in modo trasparente e non discriminatorio.

Al fine, dunque, di garantire l'effettività delle norme europee^[17], ed a fronte delle chiare indicazioni del Consiglio di Stato su quali siano i confini entro i quali una operazione come quella *de qua* debba muoversi, non si può che concludere che sia necessario un intervento volto a ristabilire la situazione antecedente all'operazione. Il ripristino dello status *quo ante* deve, in breve, determinare lo spoglio delle partecipazioni acquisite da A2A, e delle annesse pattuizioni, con il contestuale ripristino del controllo di AEB in mano al Comune di Seregno.

Si tratta indubbiamente di un'opzione radicale, ma che a ben vedere è ben nota nel diritto europeo della concorrenza. L'art. 8, p. 4, del Regolamento 2004/139/UE, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, prevede che la Commissione possa – in caso di concentrazioni ritenute incompatibili con il mercato interno che si siano già perfezionate – «ordinare alle imprese interessate di dissolvere la concentrazione, in particolare mediante lo scioglimento dell'entità nata dalla fusione o la cessione di tutte le azioni o le parti del patrimonio acquisite, in modo da ripristinare la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione». Il fatto, dunque, che una così penetrante misura sia prevista per operazioni normalmente ben più complesse di quella qui analizzata dovrebbe indurre a superare obiezioni circa l'impossibilità materiale o giuridica di ripristinare lo *status quo ante*.

In ogni caso, la norma citata prosegue sancendo che «qualora la situazione esistente prima della realizzazione della concentrazione non possa essere ripristinata dissolvendo la concentrazione, la Commissione può prendere qualsiasi altra misura atta a ripristinare per quanto possibile tale situazione». Sicché, nella non creduta ipotesi in cui si ritenesse non ripristinabile la situazione in fatto anteriore all'operazione, si potrebbe argomentare che sia comunque possibile

dichiarare l'inefficacia dei contratti affidati direttamente ad AEB in regime di *in-house providing*, anche in via d'autotutela^[18].

Ciò che in ogni caso appare opportuno è che l'attuale assetto sia quanto prima riportato alla legalità. Se così non fosse, difatti, l'annullamento della delibera non produrrebbe nella sostanza alcun apprezzabile conseguenza, lasciando di fatto l'operazione in essere. Ciò sarebbe particolarmente dannoso, specie in prospettiva europea, in quanto l'elusione dei principi di trasparenza e non discriminazione potrebbe suggerire l'attivazione di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, come già del resto avvenuto in passato^[19].

Né si può sottacere il fatto che la mancanza di misure ripristinatorie potrebbe indurre altri operatori economici – se non la stessa A2A – a ripetere lo stesso schema operativo, il che costituirebbe una prassi che ancor più verosimilmente potrebbe determinare l'attivazione di una procedura di infrazione^[20].

1. T.A.R. Lombardia (Milano), Sez. I, 15 febbraio 2021, n. 412.
2. V. sentenza in commento, p. 6 in diritto.
3. Rilevante ai sensi dell'art. 10 d. lgs. n. 175/2016.
4. Punto 6.2.3 della sentenza.
5. Ai sensi del quale «*nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista*».
6. Punto 6.2.5 della sentenza.
7. Sulla distinzione tra concorrenza *per il* e *nel* mercato, cfr. F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Mulino, Bologna, 2002, p. 75.
8. V. Corte di giustizia, 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08, *Acoset*, punti 61-62.
9. *Ibid.*
10. Ciò è già accaduto ad esempio nel caso di cui alla sentenza del 10 novembre 2005, nella causa C-29/04, *Commissione / Austria*, p. 40, in cui la Corte di giustizia ha affermato che «*attraverso una costruzione artificiale comprendente più fasi distinte, e cioè la creazione della società Abfall, la conclusione con essa del contratto di smaltimento dei rifiuti e la cessione del 49% delle quote di tale società alla società Saubermacher, un appalto pubblico di servizi è stato attribuito ad un'impresa di economia mista in cui il 49% delle quote sono detenute da un'impresa privata*».
11. Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, C-573/07, *SEA*, p. 48. In termini sentenza nella causa C-29/04 cit. *supra*, pp. 38-41.

12. Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV*, p. 30.
13. In proposito si deve evidenziare che in altre pronunce, che pur non smentiscono tale affermazione, la Corte ha posto l'accento sull'apertura del mercato piuttosto al momento dell'affidamento, in quanto in tali casi già lo statuto prevedeva la possibilità di un ingresso dei privati, v. ad es. il caso *SEA* citato *supra*.
14. () In dottrina C.E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2, 2005, par. 8, aveva già evidenziato l'eccessiva rigidità delle posizioni assunte dalla Corte di giustizia, in particolare affermando che «*d'altro canto, se così non fosse, le strutture societarie non potrebbero funzionare in quanto, comunque, la presenza di un soggetto in minoranza non potrebbe garantire l'affermarsi della volontà della maggioranza*».
15. Cfr. art. 28, p. 2, della Direttiva 2014/25/UE. Il legislatore europeo ha
16. Si rinvia in tal senso a quanto già esposto in D.U. Galetta, G. Carullo, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di deframmentazione del sistema*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, pp. 386–387, anche in M. Cafagno; F. Manganaro (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, p. 363.
17. Sul principio di effettività (o c.d. effetto utile dell'effetto diretto), v. per tutti D.-U. Galetta, *L'impatto del diritto UE sul sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in D.U. Galetta (a cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 18, la quale spiega che detto principio «*implica, infatti, una collaborazione attiva delle autorità degli Stati membri, al fine di garantire che le norme del diritto UE possano esplicare pienamente i loro effetti*».
18. Il potere dell'amministrazione di procedere in autotutela all'annullamento dell'aggiudicazione e, quindi, alla declaratoria di inefficacia del contratto è stato riconosciuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 20 giugno 2014 n. 14. Più di recente in tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. III, 28 novembre 2018, n. 6764; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2018, n. 2601.
19. Si registra infatti un caso in cui la Commissione citò lo Stato italiano per veder dichiarato l'inadempimento rispetto alla direttiva appalti in ragione dell'affidamento di un singolo contratto da parte di un Comune, v. la sentenza della Corte di Giustizia del 17 luglio 2008, nella causa C-371/05, *Commissione / Italia*.
20. Sul pericolo di una procedura di infrazione per una prassi contraria ai principi di evidenza pubblica, v. ad esempio la sentenza della Corte di Giustizia, 8 aprile 2008, nella causa C-337/05, *Commissione / Italia*, relativa ad affidamenti diretti da parte dello Stato italiano all'Agusta S.p.A..

Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione

Diana-Urania Galetta

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-3-4

Sin dall'adozione della Carta dei diritti fondamentali, nel contesto dell'Unione europea la c.d. "buona amministrazione" è caratterizzata come un nuovo diritto fondamentale della persona: il diritto ad una buona amministrazione, così come scritto e dettagliato nell'articolo 41 della Carta. Quanto ai suoi specifici contenuti, vi è un'evidente corrispondenza con quanto previsto dall'articolo 97 della Costituzione italiana, rispetto all'esigenza di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione. Si tratta di due principi la cui migliore espressione è rappresentata dalla legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo: ed è proprio in questa prospettiva che si evidenzia il ruolo fondamentale che possono svolgere, oggi, le moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) nel contesto della pubblica amministrazione, anche e soprattutto nella prospettiva di potere svolgere un'adeguata e sollecita istruttoria del procedimento amministrativo.

Digitalisation and the right to good administration

Since the adoption of the Charter of Fundamental Rights, in the context of the European Union the so-called "good administration" has emerged as a new fundamental right: the right to good administration, as written and detailed in Article 41 of the EU Charter. As for its specific contents, there is a clear correspondence with the provisions of Article 97 of the Italian Constitution with respect to the need for impartiality and good performance/efficiency of the Public Administration: two principles of which the best expression is found in Law 241 of 1990 on administrative procedure. It is precisely in this perspective that modern Information and Communication Technologies (ICT) can play a fundamental role in the context of public administration, especially in as far as the possibility to carry out an adequate and prompt investigation process during the administrative procedure is concerned.

È necessario partire da una premessa talmente ovvia che, forse, non sarebbe neppure necessario ricordarla, in questa sede. E cioè che, sin dall'adozione della Carta dei diritti fondamentali, nel contesto dell'Unione europea la c.d. "buona amministrazione" è caratterizzata come un nuovo diritto fondamentale della persona: il diritto ad una buona amministrazione, così come scritto e dettagliato nell'articolo 41 della Carta.

Si tratta di un diritto del destinatario dell'azione amministrativa e non solo di un "principio guida" dell'azione amministrativa.

La sua nozione giuridica coincide con l'idea filosofica espressa dal filosofo iberico *Rodríguez-Arana*, che in suo bel saggio del 2013 sulla buona amministrazione (come principio e come diritto fondamentale) ha sottolineato che «*Una buona amministrazione pubblica è quella serve obiettivamente la cittadinanza (...), che svolge il proprio lavoro con razionalità, giustificando le proprie azioni e che si orienta continuamente verso l'interesse generale. Un interesse generale che nello Stato sociale e democratico di diritto risiede nel miglioramento permanente e integrale delle condizioni di vita delle persone*» (J. Rodríguez-Arana, 2013, p. 26).

Credo che questa affermazione possa essere da tutti condivisa: quale che sia il concetto di "migliorare le condizioni di vita" ed indipendentemente dall'orientamento politico/ideologico di ciascuno di noi.

Ritengo, cioè, che su questa idea di partenza vi possa essere un "comune sentire" fra noi studiosi della Pubblica Amministrazione.

Quanto, poi, ai contenuti concreti della previsione della Carta dei diritti UE, come è ormai a tutti noto, ai sensi dell'articolo 41, paragrafo 2, il diritto alla buona amministrazione comprende in particolare:

1. il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che sia adottato nei suoi confronti un provvedimento individuale prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio;
2. il diritto di accesso al fascicolo che lo riguarda;
3. l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni.

Tale elenco non deve peraltro essere considerato esaustivo di tutto ciò che può essere incluso nel concetto di buona amministrazione.

La nozione più generale di ciò che si intende per diritto ad una buona amministrazione si trova infatti nel paragrafo 1 dell'articolo 41 della Carta: si tratta del diritto di ogni persona a che le istituzioni, organi e organismi dell'Unione trattino le loro questioni in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole.

Rispetto a questa previsione, vi è un'evidente corrispondenza con quanto previsto dall'articolo 97 della nostra Costituzione, rispetto all'esigenza di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Mi pare evidente, infatti, che le due disposizioni si completano a vicenda: un'amministrazione i cui pubblici uffici siano organizzati in modo da garantire il buon andamento e l'imparzialità è anche l'unica che sia in grado di garantire un trattamento equo e imparziale delle questioni che riguardano gli amministrati, come richiesto dall'articolo 41 della Carta dei diritti dell'Unione europea.

Allo stesso modo, un'amministrazione i cui uffici pubblici siano organizzati in modo da garantire il buon andamento (e quindi l'andamento...) mi sembra l'unica in grado di garantire il rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 41 della Carta UE.

In altre parole, il principio del buon andamento comprende certamente anche un'esigenza di efficienza della pubblica amministrazione.

Venendo, dunque, al mio tema specifico di oggi, si tratta qui di capire se e in che modo l'uso delle moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC), e soprattutto dell'intelligenza artificiale, possa (o meno) contribuire all'obiettivo della buona amministrazione.

Posto che nel diritto italiano, la loro migliore espressione è rappresentata certamente dalla legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo: in linea con quell'idea a suo tempo espressa dalla nostra miglior dottrina, sulla necessità di proceduralizzare imparzialità e buon andamento.

E posto che, almeno a partire dagli anni '90, i principi di imparzialità e di buon andamento sono stati posti in relazione anche con l'esigenza di modernizzare la "macchina amministrativa" e di realizzarne un'adeguata riorganizzazione.

Ed è proprio in questa prospettiva che si evidenzia il ruolo fondamentale che possono svolgere le moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) nel contesto della pubblica amministrazione.

Non a caso, infatti, la versione innovata dell'art. 3-bis della legge 241 sul

procedimento amministrativo (come innovata dal DL Semplificazioni n. 76/2020) prevede che *“Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”*.

La previsione, tuttavia, non specificava (e non specifica!) in nessun modo come e con quali risorse (economiche e strumentali) la Pubblica Amministrazione sarebbe tenuta ad attuarla. Sicché, essa è stata sovente identificata in dottrina come una norma largamente inutile, in quanto a contenuto meramente programmatico.

Tuttavia – come ho sottolineato anche nel mio capitolo del volume sul Diritto dell’Amministrazione pubblica digitale curato insieme a Cavallo Perin - l’art. 3-bis L. 241/1990, in verità, si rivolgeva (e si rivolge) in primo luogo, al responsabile del procedimento: nella prospettiva specifica del compito di garantire *“l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria”*, lui attribuito espressamente dall’art. 6 lett. b L. 241.

Aggiungo che, ad oggi, con la modifica inserita dal DL 76/2020 - attraverso la significativa sostituzione dell’espressione *“incentivano l’uso di”* con l’espressione *“agiscono mediante strumenti informatici e telematici”* - mi pare chiaro che non si possa più trattare la previsione come essa se fosse a contenuto meramente programmatico!

Questa va invece intesa come generativa di un vero e proprio obbligo, in capo alle Pubbliche Amministrazioni (e quindi al responsabile del procedimento), di agire mediante strumenti informatici e telematici *“per conseguire maggiore efficienza”*; e, in particolare, nella prospettiva di potere svolgere un’adeguata e sollecita istruttoria del procedimento amministrativo.

La disposizione dell’art. 3-bis L. 241/1990 risulta essere in collegamento diretto con quella dell’art. 12 CAD: che ricollega l’utilizzo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione da parte della Pubbliche Amministrazione, con finalità di *“organizzare autonomamente la propria attività”*, alla *“realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione”*.

Laddove, naturalmente, l’art. 3-bis della L. 241/1990 ha un campo di applicazione che va chiaramente ben oltre il mero ambito dell’organizzazione interna dell’attività amministrativa.

A questo punto appare del tutto chiaro un primo nesso fra uso delle ICT e diritto ad una buona amministrazione.

La giurisprudenza della Corte di giustizia UE in materia di art. 41 CDUE ha precisato che la previsione implica, in particolare, che debbano essere presi in considerazione “*tutti gli elementi di fatto e di diritto disponibili al momento dell’adozione dell’atto*” in maniera tale da predisporre la decisione “*con tutta la diligenza richiesta e di adottarla prendendo a fondamento tutti i dati idonei ad incidere sul risultato*” (T-73/95, *Oliveira*).

Il che, in buona sostanza, consiste nel richiamare l’attenzione sull’importanza di svolgere un’istruttoria *adeguata* nel procedimento.

Cosa che a sua volta implica - in uno scenario caratterizzato dalla disponibilità di sofisticate tecnologie ICT quale quello attuale - la necessità di fare ricorso (anche) a tutti quegli strumenti che consentono, oggi, alle Pubbliche Amministrazioni, di acquisire facilmente non solo documenti, ma anche tutte le informazioni che possono essere acquisite tramite sensori e strumenti di monitoraggio di vario tipo, che sono oramai ampiamente nella disponibilità delle Pubbliche Amministrazioni.

Una necessità che appare perfettamente in linea con quanto stabilito dall’art. 3-bis della 241: che va dunque inteso, *a fortiori*, come originativo di un obbligo per le Pubbliche Amministrazioni di agire, oramai, facendo ricorso agli opportuni “*strumenti informatici e telematici*”.

Quanto sin qui descritto rende evidente la necessità di ridare centralità alla figura del responsabile del procedimento; e, di più, di sfruttarne appieno tutte le potenzialità in questo rinnovato scenario di amministrazione digitale.

Al di là, infatti, del compito che gli è attribuito già dall’art. 41 comma 2 del CAD, di predisporre il c.d. “fascicolo informatico”, vi è spazio per un ruolo assai più ampio e cruciale di questa figura: che, non a caso, ha ricevuto attenzione anche dal Parlamento europeo, che lo menziona espressamente nel contesto della sua Risoluzione del 9 giugno 2016 per un’amministrazione europea aperta, efficace e indipendente.

In un contesto di vera amministrazione digitale (la c.d. Pubblica Amministrazione 4.0) il responsabile del procedimento dovrebbe, cioè, farsi garante, anzitutto, del rispetto di quei principi di equità ed imparzialità nella fase istruttoria del procedimento cui fa riferimento sia l’art. 41 della Carta dei diritti

UE che l'art. 97 della nostra Costituzione.

Il che implica la necessità che, nel quadro descritto, egli si faccia carico anche di adottare soluzioni organizzative concrete, con lo scopo, anzitutto, di evitare discriminazioni fra cittadini in ragione del loro diverso livello di "alfabetizzazione informatica" e della loro diversa disponibilità degli strumenti informatici (e dell'accesso alla rete), facendosi carico, cioè, delle conseguenze negative legate al c.d. divario digitale (*digital gap*) fra le diverse fasce della popolazione.

Oltre a ciò mi pare evidente che, nel contesto dell'obbligo di gestione dei procedimenti amministrativi "*utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione*" statuito dall'art. 41 CAD, spetta al responsabile del procedimento farsi carico - rompendo il velo della c.d. "neutralità dell'algoritmo" - di valutare se l'eventuale utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale nella fase istruttoria del procedimento, invece di favorire l'obiettivo della buona amministrazione (una decisione più equa ed più imparziale, oltre che più rapida), possa condurre al risultato di operare discriminazioni - sistematiche, se inserite in un algoritmo! - fra diverse categorie di cittadini.

A quest'ultimo proposito occorre in conclusione precisare che, se deve senz'altro consentirsi alle Pubbliche Amministrazioni - nel quadro della loro potestà di autorganizzazione - di fare ricorso agli strumenti messi oggi a disposizione dalle ICT, se questi sono idonei a garantire un'istruttoria più completa e maggiormente corrispondente ai principi di imparzialità e buon andamento, è altresì necessario che ciò avvenga nel rispetto del principio di trasparenza.

Principio di trasparenza della cui osservanza il responsabile del procedimento deve farsi garante, nel suo rapporto con il destinatario dell'adottando provvedimento e che implica la piena conoscibilità (ce lo ha ricordato anche il nostro Consiglio di Stato nella sua giurisprudenza in materia) e dell'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati e dell'algoritmo all'uopo utilizzato.

In questo quadro certamente si deve andare nella direzione di modelli di trasparenza by-design e trasparenza by-default: nella logica di un procedimento amministrativo digitalizzato, ma che sia al contempo rispettoso dei principi che devono reggere l'azione amministrativa secondo quanto specificato nell'art. 1 della L. 241/90: così come è stato peraltro sottolineato espressamente già dal Consiglio di Stato nella sua giurisprudenza più recente (Sez. VI, n. 2270/ 2019).

In questo quadro, ovviamente, anche il diritto alla protezione dei dati personali

dei soggetti privati coinvolti nel procedimento amministrativo gioca un ruolo importantissimo. E certamente si potrebbe immaginare di andare nella direzione di quei principi di privacy by-design e privacy by-default contenuti nel GDPR.

Per concludere, in uno scenario di amministrazione digitalizzata quale quello che ho fin qui rapidamente descritto, la figura del responsabile del procedimento, lungi dal risultare obsoleta viene per me a rappresentare il punto di snodo essenziale nel rapporto fra digitalizzazione della Pubblica Amministrazione e buona amministrazione.

Solo, infatti, grazie ad un'opportuna valorizzazione "in concreto" di questa figura l'uso delle ICT, da strumento della fase istruttoria del procedimento finalizzato al mero "efficientamento" dell'attività amministrativa, può divenire, infatti, strumento di maggiore garanzia: e, dunque, di miglioramento generale del rapporto Pubblica Amministrazione-cittadino.

Di più: solo un potenziamento di questa figura può evitare che la c.d. Pubblica Amministrazione 4.0. si riduca ad essere una mera Pubblica Amministrazione "a distanza".

Una Pubblica Amministrazione che, se può risultare magari come maggiormente rapida ed efficiente (almeno "in potenza"), verrebbe però spogliata di quell'elemento di umanità che, in fin dei conti, è proprio quello che rende l'esercizio dell'azione amministrativa accettabile/tollerabile ai/dai suoi destinatari, pur con tutti i suoi ineliminabili tratti di unilateralità ed imperatività.

Posto che - e concludo - l'obiettivo di una Pubblica Amministrazione che "arretra" (ed è dunque sempre meno presente nella vita dei cittadini) appare sempre più come una vera chimera: soprattutto in uno scenario quale quello attuale: in cui i cittadini si trovano a combattere, ora, con gli effetti immediati della pandemia da COVID-19.

In seguito, si troveranno a gestire i tragici effetti di lungo e medio periodo che da questa pandemia inevitabilmente scaturiranno: e mi pare di potere concludere che difficilmente potranno farlo senza (e a prescindere) da una Pubblica Amministrazione ben funzionante (e quindi anche digitalizzata) e che si ispiri all'idea di buona amministrazione che ho sin qui descritto.

Bibliografia essenziale di riferimento^[1]

- G. Berti, *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968
- R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020
- C. Coglianese, D. Lehr, *Transparency and Algorithmic Governance*, in *Administrative Law Review*, 2019 (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3293008>)
- M. D'Angelosante, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. Civitarese Matteucci, L. Torchia (a cura di), *La tecnificazione cit.*, p. 156 ss.
- G. della Cananea, D.U. Galetta e. a. (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016
- D. Donati, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in F. Merloni (a cura di), *Introduzione all'eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 209 ss.
- G. Duni, *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nell'evoluzione telematica*, Milano, Giuffrè, 2008
- D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 85 ss.
- D.U. Galetta, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2020/3.
- D.U. Galetta, *Public Administration in the Era of Database and Information Exchange Networks: Empowering Administrative Power or Just Better Serving the Citizens?*, in *European Public Law*, Vol 25(2), 2019, p. 171 ss.
- D.U. Galetta, *Digitalización y transparencia: ¿un “responsable de la transparencia” y su “asistente digital” como herramientas del buen gobierno del futuro?*, in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 96/2018 I, p. 159 ss. (2018a)
- D.U. Galetta, *La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale*

unico e Intelligenza Artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?, in *Cyberspazio e Diritto*, 2018/3, p. 319 ss. (2018b)

D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005/3, p. 819 ss.

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* (<http://www.federalismi.it>), Numero 3/2019, 6 febbraio 2019, p. 1 ss. (2019)

D.U. Galetta, B. Grzeszick, *Kommentar zu Art. 41 Grundrechtecharta*, K. Stern/M. Sachs (a cura di), *Europäische Grundrechtecharta. Kölner Gemeinschafts-Kommentar*, Köln, 2016 (2^a ed.), p. 618 ss.

J-C. Heudin, *Intelligence Artificielle. Manuel de survie*, Science-eBook, 2017

J-C. Heudin, *Comprendre le deep learning : Une introduction aux réseaux de neurones*, Paris, 2016

F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967

D. Marongiu, *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, Maggioli, 2005

J. Rodríguez-Arana, *La buena administración como principio y como derecho fundamental in Europa*, in *Derecho y Ciencias Sociales*, N° 6, 2013, p. 23 ss. (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5167578.pdf>).

P. Spano Tardivo, *El principio de transparencia de la gestión pública in el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración*, in *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, 2016/1, p. 226 ss.

A. Zito, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 427 ss.

1. Lo scritto rappresenta la versione rivista ed ampliata della relazione presentata nel contesto della Conferenza organizzata dalla SPISA il 23 marzo 2021, dal titolo "L'Amministrazione nella Rete" (nell'ambito del ciclo di incontri su "L'amministrazione pubblica alla prova dell'innovazione"). Per questa ragione il contributo non risulta corredato da note bibliografiche.