



**RSD**

Rivista Semestrale di Diritto

---

RIVISTA SEMESTRALE DI DIRITTO

ISSN 2724-2862

Numero 2/2020

---

Dicembre 2020

ISSN 2724-2862

**Direttore Scientifico**

Dott.ssa Caterina Del Federico

**Direttore**

Dott. Riccardo Guarino

**Vicedirettori**

Dott. Simone Cedrola

Dott. Pasquale La Selva

Dott.ssa Claudia Cantone

**Comitato di Direzione**

Piera Di Guida, Claudia Calderini, Rossana Grauso, Gianluca Barbetti, Claudia Addona, Mario Nocera

**Comitato di Redazione**

Giulia Cavallari, Andrea Nicosia, Carlo Pezzullo, Michele D'Onofrio, Rossella Giuliano.

**Comitato scientifico**

Amedeo Arena (Università Federico II), Marco Bassini (Università Bocconi), Gianluca Bertolotti (Università Roma III), Federico Caporale (Università della Sapienza), Alfonso Maria Cecere (Università Federico II), Alfonso Celotto (Università Roma III), Nicoletta Corrocher (Università Bocconi), Giovanni Comazzetto (Università di Padova), Paolo Costa (Università Cattolica), Massimo Rubino De Ritis (Università Luigi Vanvitelli), Francesco De Santis (Università Federico II), Lorenzo Del Federico (Università di Chieti-Pescara), Massimiliano Delfino (Università Federico II), Gabriele Della Morte (Università Cattolica), Giusella Finocchiaro (Università di Bologna), Federico Girelli (Università Cusano), Lucio Imberti (Università di Milano), Marco Imperiale (Harvard University), Maria Beatrice Magro (Università Marconi), Maria Luisa Mancusi (Università Cattolica), Laurent Manderieux (Università Bocconi), Arturo Maresca (Università della Sapienza), Stefano Mele (Università di Foggia), Alessandro Milone (Università Parthenope), Lilla' Montagnani (Università Bocconi), Fulvio Palombino (Università Federico II), Nicoletta Parisi (Università Cattolica), Elisabetta Pederzini (Università di Torino), Giovanna Petrillo (Università Luigi Vanvitelli), Lucia Picardi (Università Federico II), Cinthia Pinotti (Corte dei Conti, Piemonte), Filippo Pizzolato (Università di Padova), Ludovica Poli (Università di Torino), Concetta Ricci (Università del Molise), Carlo Rossi Chauvenet (Università Bocconi), Andrea Saccucci (Università Luigi Vanvitelli), Adriana Salvati (Università Luigi Vanvitelli), Giovanni Sartor (Università di Bologna), Michele Tamponi (LUISS), Giovanni Terrano (Università Federico II), Roberto Virzo (Università del Sannio), Roberto Zannotti (Università LUMSA), Giovanni Zarra (Università Federico II), Giovanni Ziccardi (Università di Milano).

## **Sede**

Ius in itinere Srls, Via Santa Lucia, 34 Napoli - Partita Iva 08593431219

## **Info e contatti**

Sito web: [www.rivistadidiritto.it](http://www.rivistadidiritto.it)

Per l'invio dei contributi scrivere a: [redazione@iusinitinere.it](mailto:redazione@iusinitinere.it)

Per qualsiasi informazione scrivere a: [info@iusinitinere.it](mailto:info@iusinitinere.it)

## Indice

### Articoli

- Dott. Raffaele Cantone** – *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche* p. 7
- Prof.ssa Nicoletta Parisi e Prof. Dino Rinoldi** – *Misure di prevenzione personale e libertà di movimento* p. 67

### Saggi

- Prof. Alberto Artosi e Dott. Luigi Russi** – *Dispositivi sessuali. Il diritto alla prova del sesso artificiale* p. 87
- Dott.ssa Valeria Bilotto** – *Comunicazione, conoscenza e pubblicazione del provvedimento amministrativo: la corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione nella specifica ipotesi dell'impugnazione dell'aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Breve riflessione alla luce delle risultanze dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.* p. 103
- Prof. Lorenzo Del Federico** – *La tutela del contribuente nell'evoluzione del diritto tributario internazionale: dagli accordi amministrativi fra autorità fiscali alle procedure arbitrali* p. 130
- Dott. Davide Gasparini** – *Dai modelli legali al comodato "di terzo genere"* p. 153
- Dott.ssa Federica Marconi** – *Brevi riflessioni in tema di tutela della privacy durante la pandemia Covid-19. Il caso dell'impiego dei droni per la verifica del rispetto delle misure di contenimento e contrasto alla diffusione del virus* p. 168
- Dott.ssa Emanuela Morotti** – *Rilievi critici sulla possibilità di configurare l'abuso del promissario acquirente nella nuova disciplina degli immobili da costruire* p. 185
- Dott. Andrea Nicosia** – *Lo scioglimento degli Enti locali per infiltrazioni mafiose. Riflessioni alla luce della relazione della Commissione d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia dell'Assemblea Regionale Siciliana* p. 198

**Dott. Andrea Persichillo** – *L'apertura della Corte Costituzionale alla società civile. Alcuni spunti di riflessione* p. 215

**Dott. Giacomo Piersanti** – *La riparazione pecuniaria ex art. 332 quater c.p.: tra visioni interne e proiezioni convenzionali* p. 235

**Dott. Giulio Soana** – *L'accesso transfrontaliero alla prova informatica. Oltre il principio di territorialità* p. 254



## La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche

a cura di **Dott. Raffaele Cantone**<sup>1</sup>

### ABSTRACT

L'articolo tratta della disciplina della prevenzione della corruzione alle società a partecipazione pubblica, operando una disamina completa della legislazione in materia. Ricostruisce, in primo luogo, l'iter normativo, sviluppatosi in modo non sempre organico nel corso degli ultimi anni, attraverso cui le società pubbliche sono state attratte nel "perimetro" dell'anticorruzione amministrativa. Successivamente individua, in relazione ai vari "pilastri" che costituiscono il nuovo sottosistema della prevenzione, le modalità con cui vengono declinati i singoli istituti che di esso fanno parte alle entità soggettive indicate, non mancando di rimarcare sia le distonie che nella pratica possono derivare sia la sua non sempre perfetta coerenza con il nuovo impianto di regole, recato dal testo unico sulle società pubbliche, di cui al d.lgs n. 175 del 2016. In conclusione, avanza l'auspicio di un "tagliando" da parte del legislatore, finalizzato a restituire organicità e coerenza al corpus normativo.

**Sommario:** 1. Il contrasto alla corruzione; dall'approccio repressivo a quello preventivo. – 2. Il modello italiano della prevenzione. – 3. Il perimetro soggettivo del sistema della prevenzione della corruzione. – 4. Le società pubbliche – 5. Il Piano di prevenzione della corruzione – 6. segue. I soggetti obbligati all'adozione del Piano. – 7. segue. Modalità di approvazione, struttura e contenuto del piano di prevenzione delle società pubbliche. – 8. Le disposizioni in materia di integrità – 9. La disciplina del conflitto di interessi. – 10. L'obbligo di astensione. – 11. Il d.lgs n. 39 del 2013; l'inconferibilità e l'incompatibilità. – 12. La regolamentazione del cd *pantouflage* – 13. L'"idoneità a morale" a rivestire le cariche; l'inconferibilità per condanne penali. – 14. I codici di comportamento – 15. Il *whistleblowing*. – 16. segue. Il *whistleblowing* nel settore privato e nelle società pubbliche. – 17. La trasparenza dell'attività

---

<sup>1</sup> Magistrato, Procuratore della Repubblica di Perugia. L'articolo è stato già pubblicato in AA.VV., *Le società pubbliche. Fenomenologia di una fattispecie*, a cura di F. Fimmanò – A. Catricalà – R. Cantone, Esi 2020, p. 1561 ss

pubblica. – 18. segue. Il “modello italiano” della trasparenza – 20. segue. Il regime applicabile alle società pubbliche. – 21. Conclusioni.

## 1. Il contrasto alla corruzione; dall’approccio repressivo a quello preventivo.

Un sistema organico di prevenzione della corruzione è una acquisizione recente della legislazione italiana, avendo, in precedenza, il Paese puntato tutte le sue *fiches* in materia sulla repressione penale<sup>2</sup>.

Esso risale, infatti, all’inizio del secondo decennio dell’attuale secolo e, in particolare, alla fase finale della XVI legislatura.

Durante il governo tecnico, presieduto dal sen. Mario Monti, venne varata la legge, divenuta nota (e famosa) come “legge Severino” dal nome dell’allora guardasigilli, una normativa inserita in un più vasto pacchetto che avrebbe dovuto, nelle intenzioni dell’Esecutivo, rilanciare il sistema economico, anche attraverso una diversa immagine internazionale del Paese<sup>3</sup>.

Quell’impianto, però, è debitore soprattutto della spinta proveniente dalle organizzazioni internazionali. Erano state queste ultime, infatti, stimolate da un diverso approccio sulla corruzione più attento alle conseguenze socio-economiche, che avevano messo nel fuoco della propria attenzione, a partire dalla fine degli anni 90 del precedente millennio, il fenomeno criminale in questione<sup>4</sup>.

Se ne erano occupate, adottando appositi e molto importanti strumenti convenzionali aperti all’adesione dei Paesi membri, le organizzazioni più importanti e note.

Il ruolo di apripista se lo era aggiudicato l’OCSE<sup>5</sup> che, non a caso, ha come *mission* istituzionale proprio la realizzazione di alti livelli di crescita economica sostenibile, di massima occupazione nei Paesi membri, di espansione del commercio mondiale.

Sull’argomento sono poi intervenute l’Unione Europea<sup>6</sup>, il Consiglio d’Europa<sup>7</sup> e, *last but not least*, l’ONU. E’ stata proprio quest’ultima organizzazione a stilare il documento più importante, varato (anche) simbolicamente in una Nazione purtroppo ritenuta fra quelle a più alto tasso di corruzione al mondo, il

---

<sup>2</sup> Così, M. Clarich, B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*” in AA.VV. *La legge anticorruzione*” a cura di B.G. Mattarella, M. Pellissero, Torino, 2013, 61; in termini analoghi, B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione: i profili amministrativistici*, in AA.VV., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, a cura di A. del Vecchio, P. Severino, Padova, 2015, 301

<sup>3</sup> Con riferimento al contesto in cui maturò la legislazione anticorruzione, G. Leotta, *Introduzione generale al fenomeno*, in AA.VV., *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, a cura di M. Nunziata, Roma, 2017, 29 e ss e, sia consentito il rinvio, R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in [www.penalecontemporaneo](http://www.penalecontemporaneo), 27 novembre 2017, 2

<sup>4</sup> In termini analoghi, V. Mongillo, *La corruzione fra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, 2012, 5, per il quale il diverso approccio nei confronti della corruzione è collegato alla globalizzazione delle attività economiche e alle preoccupazioni dell’utilizzo delle attività corruttive soprattutto per penetrare nei mercati dei Paesi in via di sviluppo.

<sup>5</sup> L’OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) ha approvato il 17 dicembre 1997 a Parigi, la Convenzione avente ad oggetto la corruzione nelle transazioni internazionali

<sup>6</sup> Ci si riferisce alla “Convenzione sulla base dell’articolo K.3, paragrafo 2, lett. c) del trattato dell’Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, stabilita dall’Atto del consiglio del 26 maggio 1997”, pubblicata in G-U- C.195 del 25 giugno 1997;

<sup>7</sup> Il Consiglio d’Europa ha adottato a Strasburgo due convenzioni in materia; la Convenzione penale sulla corruzione del 27 gennaio 1999, la Convenzione civile sulla corruzione, invece, adottata il 4 novembre 1999.



Messico, e cioè la Convenzione contro la corruzione, *United Nation Convention Against Corruption* (da cui l'acronimo UNCAC), firmata a Merida, il 31 ottobre 2013 e a cui hanno poi aderito ben 186 Paesi.

E' interessante riportare uno stralcio del preambolo della Convenzione, per comprendere quale è l'idea maturata nello scenario internazionale in materia; in esso, in particolare, si legge che gli Stati ritengono la necessità di adottare il documento perché “preoccupati della gravità dei problemi posti dalla corruzione e dalla minaccia che essa costituisce per la stabilità e la sicurezza delle società, minando le istituzioni ed i valori democratici, i valori etici e la giustizia e compromettendo lo sviluppo sostenibile e lo Stato di diritto”.

La Convenzione consta di ben 71 articoli e spazia su tanti fronti, dai reati da adottarsi da parte degli Stati firmatari (un ampio catalogo che comprende, oltre la corruzione, il peculato, l'uso illecito di beni pubblici, il millantato credito, l'abuso di ufficio ed altri) alle misure per favorire il contrasto e la cooperazione fra le nazioni, fino ai provvedimenti per consentire il sequestro ed il recupero dei beni.

Per la prima volta, fra l'altro, in un atto internazionale compare il riferimento non solo agli interventi di natura repressiva, ma anche a “misure preventive”, argomento al quale viene dedicato un intero capitolo, ricco di “raccomandazioni”<sup>8</sup>.

L'Italia, che pure aveva sottoscritto tutte le citate convenzioni e le aveva anche ratificate<sup>9</sup>, non aveva però dato ad esse concreta attuazione, ricevendo, in conseguenza di ciò, anche più volte reprimende sul piano internazionale<sup>10</sup>.

La legge Severino nel suo *incipit* rappresenta esplicitamente l'intendimento di volere dare concreta attuazione alle disposizioni sovranazionali<sup>11</sup> e avvia, con un cambio di passo in materia, una stagione che vedrà poi numerosi altri interventi legislativi sul fronte del contrasto alla corruzione, anche su quello più squisitamente preventivo.

---

<sup>8</sup> Per maggiori riferimenti al contenuto delle raccomandazioni in materia di prevenzione, N. Parisi, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, in *Dir. com. e sc. intern.* 2016, 191,

<sup>9</sup> La Convenzione OCSE è stata ratificata con la l. 29 settembre 2000, n. 300; le due del Consiglio d'Europa rispettivamente con l. 28 giugno 2012, n. 110 e 112; quella dell'ONU con l. 3. Agosto 2009, n. 116.

<sup>10</sup> Le Convenzioni dell'OCSE, del Consiglio d'Europa e dell'ONU hanno previsto l'istituzione di organismi di monitoraggio che hanno verificato nel corso del tempo l'attuazione delle norme convenzionali; sull'importanza che hanno avuto questi organismi di monitoraggio nella implementazione della legislazione nazionale, G. Nicchia, *I meccanismi di monitoraggio istituiti dalle convenzioni internazionali in tema di lotta alla corruzione*, in AA.VV., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, cit., 462.

<sup>11</sup> Il comma 1 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012 fa specifico riferimento all'intento di dare attuazione all'art. 6 della Convenzione ONU e agli artt. 20 e 21 della Convenzione penale contro la corruzione del Consiglio d'Europa. La diretta derivazione delle disposizioni in materia di prevenzione dalle convenzioni internazionali non è semplicemente un dato che va rimarcato come fatto storico, ma è foriero anche di possibili conseguenze pratiche; godendo le disposizioni convenzionali di una posizione di preminenza rispetto alle norme di legge ordinaria, in virtù di quanto stabilito dall'art. 117 Cost., le norme che le attuano godono indirettamente di una tutela contro futuri interventi del legislatore ordinario; nel senso che le convenzioni internazionali in materia di corruzione rappresentano, ai sensi dell'art. 117 Cost., un vincolo per il legislatore ordinario, F. Martines, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2015, 5; sull'argomento, sia anche consentito il rinvio, R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020, 57.

## 2. Il modello italiano della prevenzione.

La normativa principale di riferimento è, quindi, costituita dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, contenente “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione”, che consta, di fatto, di un unico articolo, distinto in ben 83 commi<sup>12</sup>.

Nei numerosi e lunghi capoversi - successivamente moltiplicatasi in numero ed ampiezza - sono contenute norme fra loro anche diverse e non necessariamente legate alla tematica della prevenzione<sup>13</sup>, nonché alcune deleghe al governo, dalle quali sono poi scaturiti, per quanto qui di interesse, due decreti legislativi<sup>14</sup>.

Ci si riferisce, in particolare, al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni” e al d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, recante “Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico”, che hanno completato l’impianto normativo della prevenzione.

Questo insieme di norme, successivamente arricchito da altri innesti, individua l’impianto del nuovo sistema di prevenzione.

Quest’ultimo, in special modo, muove dall’idea, mutuata anch’essa dall’esperienza internazionale, che la corruzione, malgrado sia un comportamento ascrivibile ad una scelta individuale, può essere certamente agevolata da condizioni di contesto e, di conseguenza, intervenendo con misure adeguate su queste ultime è possibile (e probabile) riuscire a “contenere” e quindi ridurre il rischio del suo verificarsi<sup>15</sup>.

L’approccio indicato punta su un diverso ruolo dell’Amministrazione pubblica, che non deve essere considerata più solo oggetto di controlli - penali o amministrativi - *ab externo* ma a cui, al contrario, va attribuito un ruolo proattivo nel contrasto al fenomeno criminale.

---

<sup>12</sup> In realtà la legge n. 190 del 2012 è costituita da due articoli, ma l’art. 2, di fatto, contiene soltanto la (solita) clausola di invarianza finanziaria, che stabilisce cioè che “dall’attuazione della .. legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica” ma anche che “le amministrazioni competenti provvedono allo svolgimento delle attività previste dalla .. legge con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente”; sulle ragioni per cui la legge ha assunto questa struttura, Merloni, *La legge anticorruzione e le garanzie di imparzialità dei pubblici funzionari*, in AA.VV., *Corruzione: strategie di contrasto*, a cura di F. Cingari, Firenze, 2013, 11

<sup>13</sup> Nel senso che nella legge 190 del 2012 sono contenuti “istituti e plessi normativi radicalmente diversi fra loro”, P. Clarizia, *L’ambito soggettivo di applicazione della normativa anticorruzione*, AA.VV., *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, cit. 40; nell’articolo unico è, infatti, prevista, tra l’altro, l’istituzione dell’Autorità nazionale, i piani ed il cd responsabile anticorruzione, la disciplina delle performance, il regime dei protocolli di legalità e dei patti di integrità, obblighi e divieti applicabili a determinati dipendenti pubblici, la disciplina degli arbitrati in materia di contratti pubblici, modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo, i nuovi istituti del *pantonflage* e del *whistleblowing*, il codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, la disciplina degli uffici e della formazione delle commissioni, l’introduzione dell’elenco degli operatori economici non soggetti ad infiltrazioni mafiose (cd *white list*), precisazioni in materia di entità del danno all’erario derivante dalla commissione di reati contro la PA, limitazioni al ricorso dell’aspettativa e del fuori ruolo, modifiche relative ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione e del reato previsto dall’art. 2635 c.c. nonché il conferimento di alcune deleghe legislative al governo.

<sup>14</sup> Dalla legge n. 190 del 2012 è scaturito un ulteriore decreto legislativo, che non è di interesse per la presente trattazione e cioè il d.lgs 31 dicembre 2012, n. 235 recante “testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi”

<sup>15</sup> Sul “rischio corruzione” come fattore su cui è strutturato la politica di prevenzione della corruzione, E. Carloni, *L’anticorruzione fra prevenzione, manette e buon senso*, in [www.penalecontemporaneo](http://www.penalecontemporaneo), 4 marzo 2019, 2 e F. Di Cristina, *I piani per la prevenzione della corruzione*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, cit., 98.

Volendo schematizzare, possono essere ricondotti a tre diversi ambiti o direttrici gli interventi individuati dal legislatore<sup>16</sup>.

Una prima direttrice è quella che richiede all'Amministrazione di identificare essa stessa i rischi di corruzione che possono annidarsi nelle attività svolte e successivamente indicare anche i rimedi per sterilizzarli.

Lo strumento operativo per condurre questa operazione è rappresentato dai piani di prevenzione della corruzione, strutturati su un doppio livello "a cascata"; un Piano nazionale (PNA), adottato a livello centrale, ed un Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTCP), di cui tutte le amministrazioni devono obbligatoriamente dotarsi.

Perno indispensabile di questo sistema è il responsabile della prevenzione della corruzione (RPC), individuato fra i dirigenti delle amministrazioni, con compiti sia di redazione che di implementazione e controllo del Piano.

Una seconda direttrice di intervento tende a garantire l'integrità del funzionario pubblico, ritenuta una solida barriera rispetto a comportamenti degenerativi.

Essa viene perseguita facendo emergere e "contenendo" i conflitti di interesse, prestando attenzione alla posizione del funzionario, ai suoi doveri e ai suoi comportamenti.

L'idea di fondo è, anche in questo caso, quella di evitare situazioni di rischio, favorire l'emersione di eventuali interessi privati che possono pregiudicare la migliore cura dell'interesse pubblico e regolare le condotte individuali dei funzionari.

In questo ambito rientrano numerosi istituti che riguardano sia le modalità di assunzione degli incarichi (l'inconferibilità e l'incompatibilità), sia l'uscita dall'amministrazione (il cd *pantonflage*), sia gli obblighi da tenere in presenza di situazioni di conflitto di interessi (l'obbligo di astensione), sia i comportamenti a cui ancorare la propria azione nell'esercizio delle funzioni (i codici di comportamento), sia, infine, la collaborazione da prestarsi per far emergere gli illeciti interni alle amministrazioni (il cd *whistleblowing*).

Il terzo obiettivo perseguito dalla legislazione in materia è, infine, quello di garantire che l'azione amministrativa si svolga secondo regole di trasparenza, intesa quest'ultima come conoscibilità delle modalità con cui si esplica in concreto l'attività dell'amministrazione, per stimolare il controllo civico e la cd *accountability*<sup>17</sup>.

La trasparenza si attua sia prevedendo in capo alle amministrazioni obblighi di pubblicazioni di dati, informazioni e documenti, sia consentendo al cittadino di "accedere" (e cioè visionare ed estrarre copia) di documenti e atti amministrativi.

L'impianto normativo si completa con la previsione di un organismo deputato soprattutto a compiti di vigilanza delle disposizioni in materia, un'autorità a cui è garantita una situazione di indipendenza rispetto a governo e amministrazione, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> In termini analoghi, F. Merloni, *La legge anticorruzione e le garanzie di imparzialità dei pubblici funzionari*, cit., 13 secondo cui sono tre "gli assi portanti" della strategia anticorruzione.

<sup>17</sup> Secondo P. Tanda, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 88, "la trasparenza trova il suo naturale completamento nella cd. *accountability* intesa come esigenza di render conto non solo agli organi di controllo ma anche agli *stakeholders*".

<sup>18</sup> La necessità di prevedere un ente che si occupasse specificamente della prevenzione della corruzione è stabilita dall'art. 6 della Convenzione ONU di Merida del 2003; la legge n. 190 del 2012, nel dare attuazione alle indicazioni convenzionali, aveva

### 3. Il perimetro soggettivo del sistema della prevenzione della corruzione.

Nel delineare molto sinteticamente il *quid consistam* del nuovo sistema della prevenzione, si è finora fatto generico riferimento, quanto ai soggetti a cui esso è applicabile, alle pubbliche amministrazioni.

Lo si è fatto, però, per ragioni eminentemente semplificatorie e perché sono soprattutto queste ultime le destinatarie delle disposizioni in materia.

In realtà, il perimetro soggettivo, anche solo potenzialmente interessato dalla normativa, appare, già in astratto, più ampio.

Per spiegare questa affermazione è necessario fare un passo indietro e porsi la domanda di quale sia l'oggetto dell'attività di prevenzione di cui ci sta occupando.

La risposta al quesito non è scontata come potrebbe ritenersi<sup>19</sup>; pur facendo, infatti, riferimento la normativa in esame alla “corruzione” come l'evento che si vuole prevenire, nel dibattito che è seguito all'entrata in vigore della legge Severino, si è elaborata una diversa ed ulteriore nozione di corruzione.

Definita come “amministrativa”, essa sarebbe tale da ricomprendere oltre alle fattispecie di rilevanza penale anche la cd *maladministration*, espressione utilizzata per riferirsi a tutte quelle situazioni in cui - a prescindere dalla rilevanza penale - venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite<sup>20</sup>. Non è possibile esaminare in questa sede i profili problematici di questa posizione, che, trova riferimenti in pregresse ed autorevoli ricostruzioni anche

---

attribuito il ruolo di autorità anticorruzione ad un organismo già esistente e con competenza anche in materia di integrità e trasparenza, la Commissione per la valutazione, trasparenza ed integrità dell'amministrazione (CIVIT); la legge, fra l'altro, aveva attribuito alcune importanti competenze in materia di prevenzione della corruzione (fra cui l'adozione del PNA) anche ad un dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento della funzione pubblica, introducendo nei fatti un sistema bicefalo. Nel 2013 (art. 5 d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv. in l. 30 ottobre 2013, n. 125), la CIVIT aveva mutato il nome e divenuta anche dal punto di vista nominalistico Autorità nazionale Anticorruzione. Con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (decreto cd Madia), conv. in l. 11 agosto 2014 n. 114, l'Autorità è mutata dal punto di vista della struttura e delle competenze; le sono state trasferite funzioni e personale di altra autorità (quella di vigilanza dei contratti pubblici, AVCP) ed anche tutte le competenze originariamente attribuite al Dipartimento della funzione pubblica; per maggiori riferimenti alle novità introdotte con il decreto Madia, sia consentito il rinvio a R. Cantone, F. Merloni, *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.

<sup>19</sup> In termini analoghi, F. Martines, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella pubblica amministrazione*, cit., 17 che rimarca come desti perplessità la scelta della legge Severino di non codificare in modo chiaro ed inequivoco la nozione di corruzione rilevante ai fini della legge medesima.

<sup>20</sup> La circolare esplicativa emanata poco dopo l'entrata in vigore della legge n. 190 (Circolare Presidenza del Consiglio, Dipartimento funzione pubblica, 25 gennaio 2015, n. 1 dal titolo “Legge n. 190 del 2012 - Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”, in [www.funzionepubblica.it](http://www.funzionepubblica.it)) ed il primo Piano nazionale anticorruzione (PNA) del 2013 fanno entrambi riferimento ad una definizione “ampia” del concetto di corruzione, secondo cui “esso è comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati”; in dottrina alle medesime conclusioni, M. Pelissero, *La nuova disciplina della corruzione tra prevenzione e repressione*, in AA.VV., *La legge anticorruzione* cit., 59 e ss; sull'argomento si v. pure, R. Cantone, E. Carloni, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Dir. pubbl.* 2017, 914 e G. Piperata, *Il sistema di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni. Una introduzione*, AA.VV., *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, a cura di F. Cerioni, V. Sarcone. Milano, 2019, 6 ss.

dottrinarie, non solo nazionali<sup>21</sup>, ma che, a parte ogni altra considerazione, non sembra, però, trovare un suo concreto fondamento normativo<sup>22</sup>.

È sufficiente qui evidenziare una considerazione; anche chi utilizza questa nozione ampia di corruzione non può fare a meno di riconoscere una sua funzione eminentemente strumentale; la *maladministration* è certamente oggetto di attenzione da parte del sistema della prevenzione ma sempre in funzione di evitare, come obiettivo ultimo, il verificarsi di fattispecie corruttive penalmente rilevanti<sup>23</sup>.

In questo senso, senza voler sminuire affatto il ruolo e l'autonomia del sistema della prevenzione, si può affermare che per individuare quali enti potrebbero risultare destinatari della normativa in esame ci si deve riferire, in prima battuta, soprattutto all'ambito di applicazione delle norme penali in materia.

Se in un ente, in particolare, può verificarsi il momento patologico di cui ci si occupa (e cioè l'evento corruttivo), possono poi innestarsi i necessari presidi di tipo preventivo.

Quanto detto, però, non ha affatto il pregio di consentire un'immediata *actio finium regundorum*, perché vi sono difficoltà connesse a come è strutturata nel diritto penale la fattispecie di corruzione (e, più in generale, tutti reati commessi da pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), sotto il profilo del soggetto attivo del reato.

Il delitto in questione è, infatti, un tipico "reato proprio" che, cioè, può configurarsi solo per chi riveste particolari qualifiche (il cd *intranseus*) e, per quanto qui interessa, quelle di "pubblico ufficiale" o di "incaricato di pubblico servizio"<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Il concetto di *maladministration* trova un indiretto fondamento in documenti sia della Banca mondiale (in cui la corruzione è intesa come "the use of public office for private gain"; così, World Bank. *Engagement on Governance and Anticorruption*, Washington, DC, World Bank 2007, 3) che dell'Ocse (si v. ad esempio, *Oecd Integrity Review of Italy, Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust For Sustainable Growth*, Paris, Oecd, 2013) o della Commissione europea (*Final Report from the Commission to the Council and the European Parliament EU Anti-Corruption Report* del 3 febbraio 2014) nei quali viene, infatti, rimarcata l'esigenza di adottare misure volte a contenere condotte illecite legate ad un abuso di funzioni pubbliche a vantaggio di interessi privati, quindi a prescindere se tali comportamenti siano considerati illeciti penali; in Italia fin dagli anni 90 si era individuata questa figura; *ex plurimis*, S. Cassese, "Maladministration" e rimedi, in *Foro it.*, 1992, V, 243 e, più di recente, Merloni, *Controlli sugli enti territoriali e maladministration*, in *Le Regioni*, 2009, 847.

<sup>22</sup> Della "corruzione amministrativa" non vi ceno alcuno nelle Convenzioni internazionali citate, che pure si dilungano tutte nel definire la corruzione e che la considerano inequivocabilmente un patto illecito avente rilevanza penale fra un funzionario pubblico ed un privato relativo all'attività svolta dal primo. Nemmeno nella legge Severino e nei suoi decreti attuativi vi è mai un accenno esplicito alla *maladministration* o a concetti analoghi; in essa, anzi, la parola corruzione sembra sempre utilizzata come riferita ai reati previsti dal codice penale; in questo senso può essere dirimente il comma 12 dell'art. 1 che si occupa del caso in cui l'evento che si doveva prevenire con le specifiche misure è invece accaduto ed esso, come risulta dalla lettera della norma ("un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato"), viene individuato con chiarezza nella fattispecie prevista dal codice penale; in questo senso, R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit, 31.

<sup>23</sup> A queste conclusioni, esplicitamente il PNA 2019 adottato dall'ANAC che, nel paragrafo 2, intitolato "Ambito oggettivo – nozione di corruzione" ricostruisce, infatti, il concetto di corruzione come riferentesi a fattispecie di carattere penale (sia pure non soltanto a quelle denominate con la parola corruzione) ed aggiunge che le misure preventive devono concentrarsi non solo sulla prevenzione dei reati ma anche sui fatti di *maladministration*

<sup>24</sup> Il delitto di corruzione cui si fa riferimento nel testo è quello di cd corruzione pubblica, cioè commesso da coloro rivestono le qualifiche di pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio, che a sua volta è distinto in una pluralità di fattispecie, contenute negli art. 318, 319, 319 bis, 322, bis c.p. e cioè la corruzione per l'esercizio delle funzioni, la corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, la corruzione in atti giudiziari e la corruzione cd internazionale; nell'ordinamento italiano, infatti, dal 2012 è prevista anche una diversa fattispecie di corruzione, quella fra privati punita dall'art. 2635 c.c. che punisce sostanzialmente lo scambio corruttivo posto in essere nell'ambito dell'attività di impresa.

A queste qualifiche il codice penale dedica due disposizioni, gli artt. 357 e 358, che definiscono rispettivamente la “nozione di pubblico ufficiale”<sup>25</sup> e la “nozione della persona incaricata di pubblico servizio”<sup>26</sup>.

Si tratta di due norme che sono state riformulate (dalla l. n. 86 del 1990) rispetto al testo originario del codice Rocco e che, secondo la dottrina e giurisprudenza sostanzialmente pacifica, hanno “positivizzato” la concezione cd oggettivo-funzionale delle due figure.

Secondo questa impostazione, per individuare chi possa rivestire quelle qualifiche non è necessario che il soggetto sia dipendente (con qualsivoglia tipologia di rapporto) dello Stato o di altro ente pubblico, ma bisogna guardare all’effettivo svolgimento dell’attività svolta, verificando cioè se essa rientra nelle tipologie indicate dalle norme<sup>27</sup>.

Non potendo in questa sede ulteriormente approfondire un tema così denso di problematiche ermeneutiche, basta soffermarsi sulle conseguenze di questa lettura.

Le qualifiche soggettive che consentono di assumere il ruolo di *intranens* possono essere riconosciute a soggetti che operano anche per enti estranei al perimetro delle amministrazioni pubbliche e che formalmente possono avere anche natura privata, se si occupano di attività di interesse pubblico che cadono, quindi, nelle definizioni di “pubblica funzione” o di “pubblico servizio”<sup>28</sup>.

Il lungo inciso fatto rende a questo punto più chiara l’affermazione iniziale; l’impianto della prevenzione potrebbe non limitarsi, in un’ottica di completezza della sua azione, a prendere in considerazione le sole amministrazioni pubbliche ma, al contrario, attenzionare anche quelle entità nelle quali fatti corruttivi possono avvenire, quantomeno con maggiore frequenza.

#### 4. Le società pubbliche

Le considerazioni da ultimo fatte permetterebbero già di dare per individuate le ragioni dell’interesse della legislazione anticorruzione per le società pubbliche.

La giurisprudenza penale è, infatti, stata negli anni granitica nel ritenere che i soggetti che operano per queste entità rivestono le qualità soggettive sopra indicate e, quindi, possono essere responsabili per i

---

<sup>25</sup> L’art. 357 c.p. (rubricato “nozione del pubblico ufficiale”) è costituito da due commi; il primo stabilisce “Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.” Il secondo, poi precisa “Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi

<sup>26</sup> Anche l’art.358 c.p. (rubricato “nozione della persona incaricata di un pubblico servizio”); è distinto in due commi; il primo stabilisce “Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio”. Il secondo, a sua volta, prevede “Per pubblico servizio deve intendersi un’attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”

<sup>27</sup> Così, fra gli altri, R. Garofoli, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Roma, 2013, 141.

<sup>28</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen. sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 45908, *CED Cass.* n. 257384 secondo cui “I soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l’attività della società medesima sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici. (Fattispecie nella quale la Corte ha riconosciuto la qualifica di incaricato di pubblico servizio all’amministratore di una società per azioni, operante secondo le regole privatistiche, ma partecipata da un consorzio di enti pubblici ed avente ad oggetto la gestione di un servizio di pubblico interesse, quale la raccolta o lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani)”.

delitti di corruzione, concussione, ma anche di peculato ed abuso di ufficio, quantomeno in tutti quei casi in cui l'attività societaria sia disciplinata da normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti formalmente privatistici<sup>29</sup>.

In realtà, però, a quanto già detto possono aggiungersi almeno altre due ragioni che giustificano (ulteriormente) l'attenzione riservata alle società pubbliche da parte della normativa di prevenzione e che attengono sia alla loro struttura che al loro concreto *modus operandi* negli anni trascorsi.

E' noto che, per lungo tempo, l'endiadi "società pubbliche" era stata considerato poco più di un sinonimo di "società a partecipazione pubblica"<sup>30</sup>; il tratto che le caratterizzava, infatti, era stato, anche in assenza di una normativa specifica ed organica, la presenza nel capitale di esse di amministrazioni pubbliche.

La nomenclatura "società pubbliche" aveva di fatto rappresentato lo schermo dietro al quale erano proliferate, in modo caotico e disordinato, entità molto diverse per funzioni ed attività<sup>31</sup>.

Erano, in particolare, stati soprattutto gli enti locali, agli inizi degli anni 90 del precedente secolo, a farne uso di quello schema giuridico, grazie alla possibilità, riconosciuta esplicitamente dalla l. n. 142 del 1990, di utilizzarlo per la gestione dei servizi pubblici locali<sup>32</sup>.

In assenza, poi, di norme che stabilissero specifici limiti per l'impiego di queste forme privatistiche, le amministrazioni ne avevano fatto ricorso per lo svolgimento delle più svariate attività, spesso delegando ad esse anche compiti connessi alle funzioni istituzionali di loro competenza<sup>33</sup>.

Il successo del modello societario, e la loro continua crescita in termini numerici, era certamente connesso alla maggiore agilità dell'azione, assicurata dalla possibilità di muoversi secondo le regole del diritto privato, ma anche dal fine, spesso nemmeno del tutto celato, di aggirare alcuni dei vincoli tipici dell'azione amministrativa, quali, ad esempio, il blocco del *turn over* in materia di personale, la necessità del pubblico

---

<sup>29</sup>. E' pacifico nella giurisprudenza di legittimità che i dipendenti e gli amministratori di una società pubblica possano rivestire qualifiche pubblicistiche; *ex plurimis*, Cass. sez. VI, 13 giugno 2017, n. 36874, *CED Cass.* n. 270816 secondo cui "I soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società medesima sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici. (Fattispecie in cui la Corte ha riconosciuto la qualifica di pubblici ufficiali ai funzionari della Consip s.p.a., in considerazione della dimensione pubblicistica delle attribuzioni funzionali e delle correlative attività svolte, finalizzate alla gestione e controllo da parte della P.A. di una pluralità di commesse nell'interesse e a vantaggio di diverse e molteplici amministrazioni aggiudicatrici)". Sull'argomento, in dottrina, F. Fimmanò, A. Laudonia, *La responsabilità penale degli organi di società a controllo pubblico*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, Roma, 2017, 729

<sup>30</sup>. Così, M. Cammelli, A. Zioldi, *Le società a partecipazione pubblica*, Rimini, 1999, 22 secondo cui l'endiadi "società pubbliche" è un sinonimo di "società a partecipazione pubblica".

<sup>31</sup>. In dottrina, si è rilevata la contraddittorietà del sistema che da un lato procedeva a privatizzare le partecipazioni statali, mentre creava le condizioni per una nuova forma di presenza pubblica nell'economia da parte degli enti locali; così, M. Cammelli, voce *Società pubbliche*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, 1192.

<sup>32</sup>. Così, G. Napolitano, *Il <governo> delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in AA.VV., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. Garofoli, A. Zoppini, Molfetta, 2018, 20

<sup>33</sup>. In termini analoghi, G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 96 che rimarca la tendenza largamente diffusa a livello locale di creare una selva di società pubbliche, la maggior parte delle quali preposte non all'esercizio di imprese e alla gestione di servizi pubblici ma allo svolgimento di compiti strumentali dell'amministrazione o di attività rivolte allo sviluppo del territorio.

concorso per procedere ad assunzioni o l'utilizzo delle regole dell'evidenza pubblica per l'attività contrattuale<sup>34</sup>.

La strumentalizzazione in questa prospettiva della forma societaria si era anche accompagnata ad un utilizzo spregiudicato, in alcuni casi, di queste entità, per logiche clientelari, prontamente rimarcate anche dai media generalisti<sup>35</sup>.

La cattiva immagine che ammantava le società pubbliche aveva imposto al legislatore numerosi interventi normativi che avevano anche derogato alle regole del diritto privato, per innestare norme, che soprattutto in materia di gestione, erano tipiche degli enti pubblici.

Ne era derivata un'ibridazione delle stesse, che rendeva complesso incasellarle dal punto di vista della loro tipologia.

Lo dimostrano i dubbi che sotto più fronti erano stati sollevati; si era messo in discussione, ad esempio, se esse potessero essere assoggettate alla disciplina del fallimento<sup>36</sup> o se ad esse fosse applicabile il regime di responsabilità amministrativa di cui al d.lgs n. 231 del 2001<sup>37</sup>, proprio perché le disposizioni che le riguardavano portavano a considerarle, per molti aspetti, assimilabili agli enti pubblici<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup>. Secondo F. Merloni, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 155, attraverso lo schema societario si rende inapplicabile il principio del reclutamento del personale per pubblico concorso e si aggira, in tal modo, il principio di imparzialità e buon andamento; sulle ragioni ed effetti dell'abuso del modello gestionale, si v. F. Fimmanò, A. Catricalà, *Introduzione. Profili generali*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, cit., , 20.

<sup>35</sup>. Sulla "deriva clientelare" delle società pubbliche, fra i tantissimi saggi qui può essere ricordare quello di un famoso giornalista, S. Rizzo, *Rapaci, il disastroso ritorno dello Stato nell'economia italiana*, Milano, 2009, 16, che riporta anche una frase estrapolata da un discorso pubblico del 2008 del Presidente di Confindustria del tempo, Luca Cordero di Montezemolo secondo cui "Le migliaia di società a controllo pubblico sono le uniche discariche che funzionano in questo paese; sono discariche per politici trombati"; sul tema sia anche concesso il rinvio R. Cantone, *Prevenzione della corruzione nel sistema delle società pubbliche; dalle linee guida dell'A.N.A.C. alle norme del d.lgs 175 del 2016*, in AA.VV., *I controlli nelle società pubbliche*, a cura di F. Auletta, Torino 2017, 21 ss.

<sup>36</sup> Sull'argomento, anche per l'esame delle problematiche sorte in materia prima dell'entrata in vigore del testo unico, G. D'Attorre, *La crisi di impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, cit., 757

<sup>37</sup> L'applicabilità del d.lgs n. 231 del 2001, alle società pubbliche non era in verità affatto pacifica, proprio perché si era sostenuta parificabilità di queste, soprattutto se e quanto svolgono attività strumentali a quelle degli enti pubblici di riferimento, ad enti pubblici non economici che, come è noto, sono esclusi ex art. 1, comma 3 del d.lgs 231 dal novero dei destinatari della normativa; nel senso di individuare una difficoltà ontologica nel ritenere applicabili alle società pubbliche i modelli di *compliance* ex d.lgs 231 del 2001, si v. F. Auletta, *Interesse sociale, funzioni di vigilanza e prevenzione dei reati fallimentari dopo il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *I controlli nelle società pubbliche*, cit., , 181 e ss. La questione è stata solo in pochi casi affrontata dalla giurisprudenza che ha optato, nei casi scrutinati, per l'applicabilità della responsabilità amministrativa; in questo senso, Cass. pen. sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699, in *Cass. pen* 2011, 1889 con nota di O. Di Giovine, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato* e Cass. pen. sez. II, 26 ottobre 2010, n. 634/2011, in *Dir. e prat. lav.* 2011, 978; sullo specifico argomento, in dottrina sull'argomento, S. Manacorda, *Le nuove frontiere del decreto 231: l'attività economica pubblica*, in *Resp. amm. soc.enti*, 2011,III, 33; G. Fidelbo, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.* 2010, 4079 e ss, C. Santoriello, *La disciplina in tema di responsabilità da reato delle persone giuridiche e le società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, cit., 1171.

<sup>38</sup>. In termini, G. Napolitano, *Il <governo> delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, cit., 21 secondo cui "le deviazioni [introdotte dal legislatore alla disciplina di diritto privato erano] talmente rilevanti ed estese .. da mettere in dubbio la natura privata di taluni di questi soggetti (si parla al riguardo di società <legali> o addirittura *tout court* pubbliche, alle quali la giurisprudenza talora applica le stesse norme riferite alle pubbliche amministrazioni)"



La natura “anfibia” delle stesse, a “metà” fra pubblico e privato<sup>39</sup>, e la scarsa trasparenza (reale o percepita che fosse) nella gestione di risorse, comunque di carattere pubblico, erano argomenti che evidentemente non potevano non essere considerati dal legislatore della prevenzione della corruzione.

L'assenza, però, di una disciplina organica delle società pubbliche fino al 2016 aveva inciso sulle scelte del legislatore della prevenzione della corruzione che, in assenza di specifici parametri di riferimento, aveva dovuto individuare, caso per caso, quali tipologie di società dovessero essere sottoposte alla normativa dettata<sup>40</sup>.

Ne era derivato un sistema non omogeneo; le società pubbliche cui si applicavano le disposizioni in materia di piani di prevenzione o trasparenza non coincidevano, ad esempio, con quelle sottoposte alle regole del *pantouflage* o dell'incompatibilità/inconferibilità.

Con l'adozione del d.lgs 19 agosto 2016 n. 175, il “testo unico in materia di società pubbliche”, però, è stato introdotto per la prima volta un insieme organico di regole che si pone come obiettivo prioritario quello di fissare un quadro ben definito di regole.

Il testo unico adesso distingue nell'arcipelago delle società a partecipazione pubblica, quelle controllate<sup>41</sup>, quelle meramente partecipate<sup>42</sup> e quelle infine quotate<sup>43</sup>, fornendo anche per ognuna di queste tipologie anche una definizione.

Prevede, inoltre, una regolamentazione diversamente mirata per esse; se in linea di principio a tutte si applicano le regole del diritto civile, le deroghe introdotte dal testo unico, giustificate da esigenze di natura pubblicistica, si riferiscono soprattutto (se non quasi esclusivamente) alle società pubbliche controllate, conferendo loro uno statuto “alquanto pubblicistico”, giustificato dal fatto che il rapporto di controllo le attrae, di fatto, nell'orbita dell'amministrazione controllante<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> In termini analoghi, E. Scaroina, *La prevenzione della corruzione nelle società di controllo e a partecipazione pubblica*, in *Arch. pen.* 1, 2020, che definisce come “scomoda natura ancipite” quella della società pubbliche.

<sup>40</sup> A conclusioni analoghe, G. Fonderico, *Le società pubbliche tra diritto amministrativo e diritto comune*, in AA.VV., *Il Big Bang della trasparenza*, a cura di A. Natalini, G. Vesperini, Napoli, 2015, 145 secondo cui le scarse indicazioni del legislatore della legge n. 190 del 2012 sono, in verità, indicative “di una serie di nodi irrisolti e delle difficoltà che incontra il legislatore nel definire statuti generali delle società pubbliche”.

<sup>41</sup> L'[art. 2, comma 1, lettera m\), del d.lgs n. 175 del 2016](#) definisce le “società a controllo pubblico” come “le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lett b)”; la lett. b) a sua volta definisce il «controllo» come “la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”.

<sup>42</sup> L'art. 1, comma 2, lett. n) del d.lgs n. 175 del 2016, definisce le “società in partecipazione pubblica” come “le società in controllo pubblico nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società in controllo pubblico”. La definizione riportata ha carattere onnicomprensivo e considera, quindi, rientrare nella tipologia in esame sia le società controllate che quelle meramente partecipate; siccome, però, le controllate sono oggetto di regolazione già da parte dell'art. 1, comma 2, lett m), per “meramente partecipate” devono intendersi quelle nelle quali un'amministrazione o una società in controllo pubblico ha una partecipazione non maggioritaria e non di controllo.

<sup>43</sup> La lett. p.) del medesimo art. 2 del d.lgs n. 175 del 2016 definisce le «società quotate» come “le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati”.

<sup>44</sup> Così, B.G. Mattarella, *Il riordino delle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 11; in termini analoghi, F. Cerioni, *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariali*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, cit., 949, che individua la natura delle società controllate come “immanentemente ibrida”.

All'esito della riforma, sarebbe stato lecito attendersi un allineamento con le nuove disposizioni e quindi una revisione coordinata del perimetro soggettivo della normativa anticorruzione<sup>45</sup>, operazione questa che è, invece, avvenuta, come si evidenzierà nel prosieguo, solo per alcuni aspetti della disciplina ma non per altri.

Tutto ciò ha creato agli interpreti e agli operatori non pochi problemi, che si aggiungono ad un'ulteriore difficoltà, connessa alla tipologia di misure recate dalla normativa; queste ultime, infatti, sono state pensate e calibrate *ab origine* sulle amministrazioni pubbliche e sono poi state *tour court* estese alle società, senza tener conto dell'ontologica differenza strutturale esistente.

Delineare l'*an* ed il *quomodo* con cui le misure previste nelle tre direttrici che caratterizzano l'impianto preventivo si applicano alle società pubbliche è quanto si proverà a fare nel prosieguo.

Lo si farà, però, non solo tenendo presente il dato normativo ma anche la lettura adeguatrice fornita dall'ANAC, attraverso l'attività di regolazione effettuata a mezzo "linee guida"<sup>46</sup>.

## 5. Il Piano di prevenzione della corruzione

Il primo e forse più importante strumento attraverso cui si sviluppa l'attività di prevenzione della corruzione è costituito dal Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC).

Si tratta di uno strumento di natura programmatoria noto anche nell'esperienza internazionale<sup>47</sup> ma che in Italia viene declinato con proprie significative peculiarità. Il legislatore del 2012 ha, in particolare, provato ad esportare alle pubbliche amministrazioni, sia pure con differenze di non poco rilievo, il

---

<sup>45</sup> Va segnalato che il d.lgs n. 175 del 2016 è stato emesso a seguito della delega contenuta nell'art. 18 della l. 7 agosto 2015, n. 124, nel quale nessun criterio faceva riferimento direttamente o indirettamente alla materia prevenzione della corruzione di cui si occupava altra norma della medesima legge, e cioè l'art. 7; così, R. Cantone, *Prevenzione della corruzione nel sistema delle società pubbliche; dalle linee guida dell'A.N.A.C. alle norme del d.lgs 175 del 2016*, cit., 32.

<sup>46</sup> La possibilità da parte dell'ANAC di adottare nelle materie sottoposte ai poteri di vigilanza atti regolatori è oggetto di un vivace dibattito in dottrina ed in giurisprudenza; in estrema sintesi, si ritiene che l'Autorità, anche in assenza di una specifica previsione normativa che l'autorizzi in tal senso, può adottare degli atti di regolazione che non hanno carattere vincolante per i destinatari ma che hanno un valore analogo alle direttive o alle circolari e, quindi, i destinatari di essi possono discostarsi dalle indicazioni fornite, previa motivazione sul punto, pena l'illegittimità dell'atto sotto il profilo dell'eccesso di potere; per maggiori riferimenti all'argomento e al dibattito dottrinario in corso, sia consentito il rinvio a R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 60 ss

<sup>47</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività si può qui ricordare l'esperienza australiana, dove è stato definito uno standard di *fraud and corruption control*, applicabile tanto ad enti ed agenzie pubbliche che a società private. Pure interessante è l'opzione olandese, del *self-assessment integrity* (percorsi di auto-analisi cui le amministrazioni si sottopongono, volti ad identificare gli elementi di rischio ed alla predisposizione di strumenti di prevenzione) o quelle diffusamente presenti nell'area balcanica, a partire da casi interessanti come quello sloveno e serbo degli *integrity plans*. Altri Paesi europei, invece, prevedono piani definiti come "di integrità"; alcuni (Danimarca, Svezia, Inghilterra) li intendono come atti decentrati, adottabili cioè da ogni amministrazione; altri invece (come Spagna e Francia) fanno riferimento a piani nazionali, prevedendo (come fa la Francia con il *service national de la prevention de la corruption*) anche un controllo della loro attuazione; per maggiori riferimenti allo scenario comparato si rinvia a R. Cantone, E. Carloni, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Diritto pubblico*, 2017, 914 e F. Di Cristina, *I piani per la prevenzione della corruzione*, cit., 103.

modello adottabile dagli enti privati nel sistema della cd responsabilità amministrativa delle persone giuridiche<sup>48</sup>, previsto dall'art. 6 del d.lgs n. 231 del 2001<sup>49</sup>.

Attraverso il Piano ognuno degli enti obbligati delinea, in particolare, la propria strategia di prevenzione in modo individualizzato e deve farlo sia nel rispetto delle indicazioni generali contenute nella legge sia di quelle indicate a livello nazionale da un altro atto di natura programmatica, e cioè il Piano nazionale anticorruzione (PNA).

Il sistema escogitato è, quindi, come si è già sopra accennato, a doppio livello o “a cascata” perché il punto di partenza è costituito dal Piano nazionale e si snoda poi attraverso i Piani dei singoli enti.

La disciplina normativa dei Piani è contenuta nella legge n. 190 del 2012, il cui testo sul punto ha subito significative e rilevanti modifiche ad opera di un decreto legislativo del 2016 (d.lgs 25 maggio, n. 97), emanato a seguito della delega contenuta nella medesima legge (l. 7 agosto 2015, n. 124, art. 7) che ha anche portato all'adozione del testo unico sulle società pubbliche.

Per quanto attiene al PNA, la sua regolamentazione è oggi contenuta in unico (e molto denso) comma dell'art. 1 della l. n. 190 (il comma 2 bis) che – a differenza della disciplina originaria, ricavabile a fatica attraverso la lettura di più capoversi<sup>50</sup> – ne individua, con sufficiente chiarezza, durata, funzioni, contenuto, modalità di approvazione e destinatari.

In particolare, con esso si stabilisce, in primo luogo, che il PNA ha durata triennale ed è aggiornato obbligatoriamente ogni anno<sup>51</sup> e che ha natura di “atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni ... e per gli altri soggetti ... ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione”.

---

<sup>48</sup> Così, *ex plurimis*, F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen e proc.* 2013, 8, all, 1, 4; in termini analoghi, anche, R. Bartoli, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir.pen.proc.* 2016, 1507 ss.; A. Rossi, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir pen. proc.* 2013, 8S, pp. 44 ss.

<sup>49</sup> L'art. 6 del d.lgs n. 231 del 2001, in estrema sintesi, stabilisce che gli enti privati possano adottare modelli organizzativi che individuino le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; che prevedano specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; che individuino modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; che prevedano obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; che introducano un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. L'adozione prima della commissione del reato di un modello di organizzazione e di gestione ritenuto idoneo a prevenire i reati consente all'ente privato di andare esente da responsabilità “amministrativa”; sulla natura di “esimente” del modello organizzativo, si v. A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale di responsabilità degli enti*, Milano, 2018 93 ss; in giurisprudenza Cass. pen., sez. V, 27 settembre 2016, n. 52316, *CED Cass.* n. 268964

<sup>50</sup> Nel testo antecedente la riforma del 2016, mancava una norma che si riferisse specificamente alla funzione e contenuto del PNA; dagli scarni riferimenti contenuti nel comma 4 dell'art. 1 ed in particolare, nelle lett a) e c), si comprendeva che il PNA dovesse assicurare il coordinamento delle misure di prevenzione fra tutti i soggetti tenuti ad adottarle; per maggiori riferimenti al progresso stato della normativa, R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 82.

<sup>51</sup> Il carattere obbligatorio dell'aggiornamento annuale si evince dal verbo utilizzato; la norma statuisce, infatti, “il piano ha durata triennale ed è aggiornato annualmente”

Esso è quindi riconducibile alla tipologia degli atti regolatori<sup>52</sup> e, al pari delle direttive, è da considerarsi parzialmente vincolante per i destinatari, relativamente alle prescrizioni ad essi fornite<sup>53</sup>.

Quanto al contenuto, si prevede che il PNA, “anche in relazione alle dimensioni e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l’indicazione degli obiettivi, tempi, modalità di adozione delle misure di contrasto alla corruzione”, sancendosi, quindi, il ruolo di “guida” rispetto alle amministrazioni tenute all’adozione dei PTPC, che vanno supportate, senza sminuirne ruolo ed autonomia<sup>54</sup>, sia con indicazioni di carattere metodologico su come strutturare il proprio piano sia su come individuare i rischi e le misure da adottare.

Il PNA è oggi atto di competenza esclusiva dell’ANAC<sup>55</sup> ma va approvato dopo aver sentito il comitato interministeriale, previsto dal comma 4 del medesimo art 1 della l. n. 190, e la conferenza unificata di cui al comma 1 dell’art. 8 del d.lgs 28 agosto 1997, n. 281, organismi questi ultimi rappresentativi rispettivamente delle amministrazioni centrali e di quelle locali<sup>56</sup>.

Al piano triennale delle singole amministrazioni sono, invece, dedicati, per ragioni non comprensibili, le prescrizioni spalmate in più commi, nemmeno consecutivi, dell’art. 1, in particolare, i commi 5, 9 e 16, su cui pure sono intervenute modifiche - non rilevanti come quelle che hanno riguardato il PNA - ad opera del d.lgs 97 del 2016,

Il PTPC, da strutturarsi come un tipico documento di programmazione<sup>57</sup>, deve in primo luogo contenere l’individuazione delle aree interne all’ente in cui possono annidarsi rischi di corruzione.

---

<sup>52</sup> In questo senso, R. Cantone, E. Carloni, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, cit., 918 secondo cui “attraverso il Piano e l’esercizio delle sue funzioni in materia, l’Autorità finisce per disporre di un potere di regolazione particolarmente ampio, potendo disciplinare in modo innovativo le misure e gli istituti avvertiti come rilevanti nella prospettiva del contenimento della *maladministration* e dei conflitti di interesse o le regole da applicare a specifici settori “sensibili”.

<sup>53</sup> Sul valore giuridico del PNA, si v. TAR Abruzzo, Pescara, ord. 25 giugno 2019, n. 87 che ha disposto la sospensione dell’efficacia di una graduatoria per un posto di ricercatore universitario, sul presupposto che il regolamento universitario sulla composizione delle commissioni non era rispettoso delle indicazioni del PNA, in particolare dell’aggiornamento 2017, nella parte relativa alle istituzioni universitarie; sulla decisione, S. Regasto, *Il TAR Abruzzo si pronuncia in materia di concorsi universitari*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 29 giugno 2019, che ha definito l’ordinanza “molto coraggiosa”.

<sup>54</sup> Così, E. Raganella, *Piani anticorruzione e aggiornamenti*, in AA.VV., *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, cit., 75

<sup>55</sup> Il testo originario della l. n. 190 del 2012 (comma 4 dell’art. 1) prevedeva che il PNA dovesse essere predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica e poi approvato dall’ANAC; con il d.l. n. 90 del 2014 e con il trasferimento (ex art. 19) di tutte le funzioni del Dipartimento all’ANAC, il potere di adozione era già stato trasferito all’Autorità; sul punto M. De Rosa, F. Merloni, *Il trasferimento all’ANAC delle funzioni in materia di prevenzione della corruzione*, in AA.VV., (a cura di), *La nuova autorità anticorruzione*, cit., 63

<sup>56</sup> Secondo C. Tubertini, *Unità ed autonomia nelle politiche per la trasparenza*, in AA.VV. *Il FOIA italiano: vincitori e vinti*, a cura di G. Gardini, M. Magri Sant’Arcangelo di Romagna, 2019, 76 la previsione di un mero parere è insufficiente per garantire le esigenze soprattutto degli enti locali e sarebbe stato, quindi, preferibile la previsione da parte del legislatore della necessità di una “intesa”. Va anche segnalato che per l’approvazione del PNA, l’ANAC ha sempre utilizzato un procedimento più articolato di quello previsto dalla norma; ha fatto precedere la predisposizione del testo dal lavoro di tavoli tematici istituiti *ad hoc* e partecipati da rappresentanti di istituzioni pubbliche e private; ha poi redatto una prima “bozza” sottoposta a consultazione pubblica; successivamente, ha predisposto una seconda bozza in cui sono confluiti i suggerimenti provenienti dalla consultazione ritenuti utili e su questa ha poi richiesto il parere del comitato interministeriale e della conferenza unificata e, solo all’esito di quest’ultimo passaggio, ha approvato la versione definitiva del PNA.

<sup>57</sup> L’indicazione metodologica secondo cui il Piano triennale va redatto come un documento di programmazione è contenuta nel PNA, a partire dal primo approvato nel 2013 e consultabile in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

Quest'ultima attività presuppone necessariamente un'analisi sia del contesto interno dell'ente che di quello esterno, cioè del territorio in cui esso opera<sup>58</sup>.

La legge n. 190 del 2012 in funzione di aiutare gli enti in questa complessa attività ha enucleato essa stessa, esplicitamente, alcune aree da considerarsi *in re ipsa* a rischio; in particolare, quelle relative ad autorizzazioni o concessioni, alla scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture, servizi anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti, relative alle concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici o privati; a concorsi, prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera.

Una volta individuate e “mappate” le aree a rischio, con i relativi procedimenti che in esse ricadono, dovranno essere specificate nel piano anche le misure per contenere e/o sterilizzare i rischi medesimi.

La legge non ha fornito sul punto puntuali suggerimenti, delegando al PNA eventuali indicazioni ulteriori e lasciando comunque ampia autonomia ai singoli enti<sup>59</sup>; l'unica misura esplicitamente prevista come obbligatoria è la rotazione del personale, che dovrà essere attuata secondo le direttive dettate sul punto dall'ANAC<sup>60</sup>

Se l'individuazione dei rischi e delle misure rappresenta certamente la parte più importante del Piano e, quindi, quella destinata ad avere in esso maggiore spazio, sono previsti anche altri contenuti che servono a rafforzare questa parte.

In particolare, dovranno essere previste procedure per la formazione dei dipendenti, per l'attuazione ed il controllo delle decisioni prese, obblighi di informazione a carico di dipendenti e dirigenti dell'amministrazione e del responsabile della prevenzione della corruzione.

Andranno, altresì, definite modalità di monitoraggio sia del rispetto dei termini previsti da legge o regolamenti, per la conclusione dei procedimenti che dei rapporti fra amministrazione e soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o

---

<sup>58</sup> Secondo la dottrina, per individuare le aree di rischio possono essere utilizzati due criteri concorrenti e cioè la verifica dell'impatto determinato dall'esercizio delle funzioni pubbliche sull'interesse dei destinatari dell'azione amministrativa e la verifica dei possibili condizionamenti per interessi esterni dell'esercizio delle funzioni medesime, così, F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, cit., 7; sulle modalità concrete con cui deve avvenire la mappatura dei rischi, F. Bilardo, M. Prospero, *Piano nazionale e piani decentrati anticorruzione*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013, 243 ss

<sup>59</sup> Nessuna indicazione, invece, su possibili altre misure, se non una regola procedimentale; andranno individuate anche – comma 9 lett a) dell'art. 1 - raccogliendo le proposte dei dirigenti degli uffici interessati. Secondo F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, cit., 7 nel piano per ciascun procedimento dovranno essere indicate sia specifiche modalità per l'attuazione delle misure generali (ad esempio, trasparenza, incompatibilità, codici di comportamento etc) sia misure nuove e specifiche (ad esempio, un particolare procedimento, un modello di organizzazione *ad hoc* del lavoro e della distribuzione dei compiti, un particolare sistema di controllo interno etc).

<sup>60</sup> La rotazione è una misura organizzativa che consiste nello spostamento periodico o occasionale di dipendenti dall'ufficio o servizio a cui sono preposti e con la collocazione in altri uffici o servizi. Ad essa, la l. n. 190 si riferisce con ben tre sue disposizioni; il comma 5, lett b), il comma 10 ed il comma 4 lett e) dell'art. 1, che, però, forniscono indicazioni molto scarse; si limitano, infatti, solo ad individuare i soggetti che possono essere destinatari delle misure (dirigenti e funzionari delle aree a rischio) e a demandare all'ANAC la definizione dei criteri per assicurare la rotazione, stabilendo fra l'altro, con quello che appare un mero *lapsus calami*, la redazione dei criteri per rotazione dei soli dirigenti. L'ANAC ha ottemperato a tale “delega”, dedicando all'argomento una sezione della parte generale del PNA 2016 (il paragrafo 7.2, il cui titolo è appunto “rotazione”) ed un allegato del PNA del 2019.

erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti con i dipendenti dell'amministrazione.

Infine, nel PTPC potranno essere individuati obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge<sup>61</sup>.

Quanto alle modalità di approvazione del piano viene in rilievo una figura centrale della normativa; il responsabile della prevenzione della corruzione (RPC), un dirigente interno all'ente<sup>62</sup>, che deve predisporre il piano e sottoporlo all'approvazione dell'organo di indirizzo politico<sup>63</sup>.

Il responsabile, però, non è soltanto competente alla predisposizione del piano; egli è anche il garante della sua attuazione e della sua implementazione, dovendo vigilare su di esso con possibili conseguenze anche sanzionatorie personali<sup>64</sup>.

Il piano è atto obbligatorio per gli enti; la mancata adozione comporta una sanzione amministrativa a carico di tutti i soggetti persone fisiche su cui ricade il dovere, sanzione che spetta all'ANAC irrogare così come compete a quest'ultima la vigilanza sul sistema dei Piani<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> A seguito della modifica recata dal d.lgs n. 97 del 2016, nel PTPC deve confluire anche il programma della trasparenza che da atto programmatico autonomo è divenuta una semplice sezione del Piano nel quale dovranno confluire le informazioni previste nell'art. 10 del d.lgs n. 33 del 2013

<sup>62</sup> Il comma 7 dell'art. 1 della l. n. 190 prevede soltanto che il responsabile della prevenzione della corruzione debba essere scelto "di norma" fra i dirigenti di ruolo, senza indicare specifici requisiti soggettivi. L'ANAC, con le indicazioni contenute nei PNA, ha previsto che il responsabile debba essere scelto fra i dirigenti che ha sempre mantenuto una condotta integerrima, escludendo, quindi, coloro che siano stati destinatari di provvedimenti giudiziari di condanna o provvedimenti disciplinari e che vanno evitate nomine che possano dar luogo a conflitti di interesse e preferito, quindi, un dirigente non assegnato ad uffici che svolgono attività nei settori più esposti al rischio corruttivo (come l'ufficio contratti o quello preposto alla gestione del patrimonio) o di quello che si occupa dell'ufficio procedimenti disciplinari

<sup>63</sup> L'approvazione del Piano triennale avviene, quindi, con la partecipazione di due organi; il RPC e l'organo di indirizzo politico dell'amministrazione, individuabile nel soggetto o nei soggetti che sovrintendono all'amministrazione (in un ministero, l'organo di indirizzo politico è il Ministro; in un ente pubblico, il presidente o il consiglio di amministrazione, a seconda di cosa sia previsto nei relativi statuti, negli enti locali la giunta). Il primo *step* della procedura spetta all'organo di indirizzo politico che deve definire gli obiettivi strategici in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, fornendo cioè eventuali direttive al RPC; gli obiettivi indicati dovranno poi costituire il contenuto necessario del Piano triennale. La materiale predisposizione del Piano è, invece, competenza del RPC il quale, però, dovrà consultarsi con gli altri dirigenti dell'ente e potrà anche interloquire con soggetti esterni all'amministrazioni (ad esempio, associazioni rappresentative della società civile) o persino porre una prima bozza di piano in consultazione pubblica, per raccogliere osservazioni o indicazioni utili, anche con riferimento al contesto esterno dell'amministrazione. L'attività di elaborazione del Piano, invece, non può, per un divieto normativo espresso (comma 8, art. 1 l. n. 190) in alcun modo, essere affidata a soggetti estranei all'amministrazione né può essere oggetto di incarichi di consulenza esterna. Il Responsabile, infine, una volta predisposto il Piano lo sottopone, con una sua proposta, all'organo di indirizzo politico per la sua adozione.

<sup>64</sup> Al responsabile compete di verificare sia l'efficace attuazione del PTPC che la sua idoneità, proponendo le eventuali modifiche dello stesso se e quando siano accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione; deve, anche, redigere la relazione annuale recante i risultati dell'attività svolta tra cui il rendiconto sull'attuazione delle misure di prevenzione definite nei PTPC e, se richiesto dall'organo di indirizzo politico, riferire sull'attività svolta. A fronte dei compiti attribuiti, la legge prevede in capo al RPC anche precise responsabilità, individuate nei commi 12 e 14 dell'art. 1 della l. n. 190 che scattano rispettivamente "in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato" o in presenza "ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal Piano"; per maggiori riferimenti a queste particolari forme di responsabilità, si rinvia a R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 118 ss

<sup>65</sup> All'ANAC spetta, ai sensi del comma 2, lett. f), art. 1 della l. n. 190 del 2012, un potere di "vigilanza" e di "controllo" sull'adozione dei piani che non è limitato ad aspetti meramente formali (e cioè verificare che un piano sia stato adottato e che contenga le misure di prevenzione), ma può spingersi fino ad accertare l'"effettiva applicazione" e l'"efficacia delle misure adottate dalle amministrazioni". Per l'esercizio di tale funzione, l'Autorità dispone di poteri ispettivi, mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, attività questa che può delegare anche alla Guardia di finanza o all'Ispettorato per la funzione pubblica. L'art. 19, comma 5, del d.l. n. 90 del 2014 ha, infine, attribuito all'ANAC la

## 6. segue. I soggetti obbligati all'adozione del Piano.

Malgrado il piano rappresenti, nella logica della prevenzione, uno snodo di particolare importanza, la legge n. 190 del 2012 era stata molto parca nelle indicazioni di chi dovesse dotarsi dello strumento programmatico<sup>66</sup>.

Pur dandosi evidentemente per scontato che dovessero coincidere i destinatari del PNA con gli enti tenuti poi ad adottare il PTPC, la legge conteneva indicazioni distinte per i due strumenti pianificatori, tutt'altro che chiare, da cui a fatica si comprendeva che onerate fossero le "pubbliche amministrazioni", espressione comunque generica, se non accompagnata da altre specificazioni<sup>67</sup>.

Nella legge n. 190 del 2012 non erano, invece, esplicitamente citate le società pubbliche a cui era, invece, riservato era un unico ed ambiguo riferimento contenuto nei commi 60 e 61 dell'art. 1

In modo criptico, si stabiliva che, in sede di conferenza unificata fra Stato, regioni e autonomie locali, fossero definiti gli adempimenti per l'attuazione della legge e dei relativi decreti delegati nelle regioni, nelle province autonome e negli enti locali nonché "negli enti pubblici e nei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo".

Malgrado nella categoria da ultimo indicata potessero rientrare anche le società pubbliche, il riferimento era davvero troppo striminzito per ritenere che queste potessero essere considerate obbligate a dotarsi del piano di prevenzione.

Eppure, nel primo Piano nazionale (PNA) adottato nel 2013 – *ratione temporis* dal Dipartimento della funzione pubblica ed approvato dall'ANAC<sup>68</sup> - si indicavano quali tenute all'adozione dei PTPC anche le società pubbliche<sup>69</sup>.

---

possibilità di irrogare, nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, una sanzione amministrativa non inferiore a 1000 euro e non superiore a 10.000 euro nel caso in cui "il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di corruzione"; su tale ultimo potere, B. Neri, V. Scaffa, *Le nuove sanzioni dell'ANAC e la relativa giurisdizione*, in AA.VV., *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, cit., 92.

<sup>66</sup> Per analoghe considerazioni critiche, F. Merloni, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, cit., 10 e F. Di Cristina, *I piani per la prevenzione della corruzione*, cit., 96

<sup>67</sup> Al PNA si riferivano le lett. a) e c) del comma 4 dell'art. 1, dalle quali emergeva come destinatari delle sue prescrizioni fossero le pubbliche amministrazioni, mentre al PTPC era dedicato il comma 5 dell'art. 1 che menzionava le "pubbliche amministrazioni centrali" come soggetti obbligati a dotarsi del Piano; il comma 59, poi, più genericamente stabiliva "tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 165" fossero tenute ad applicare "i commi da 1 a 57" del medesimo articolo e, quindi, anche quei capoversi che introducevano l'obbligo di dotarsi dei Piani.

<sup>68</sup> Si è già detto *supra* che la legge n. 190 del 2012 aveva attribuito alcune importanti funzioni in materia di prevenzione al Dipartimento della funzione pubblica, fra cui quello di predisposizione del PNA. Con il d.l. n. 90 del 2014 tutte le competenze già del dipartimento sono passate all'ANAC che è rimasto l'unico organismo a sovrintendere sul settore della prevenzione.

<sup>69</sup> Il PNA del 2013 (approvato con delibera n. 72 del 2013, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)), in particolare, aveva individuato la platea dei destinatari operando una (non semplice) distinzione fra coloro a cui il Piano era direttamente riferito, coloro a cui erano applicabili solo gli indirizzi in esso contenuti e altri soggetti a cui, invece, veniva "raccomandata" l'adozione di misure anticorruzione. Sul punto, in particolare (così pag. 11), affermava: "I contenuti del presente P.N.A. sono inoltre rivolti .. agli enti di diritto privato in controllo pubblico, alle società partecipate e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. per le parti in cui tali soggetti sono espressamente indicati come destinatari. Per enti di diritto privato in controllo pubblico si intendono le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e

L'affermazione era anche ulteriormente ribadita nel 2015 dall'ANAC in un importante (e controverso) atto regolatorio (denominato "linee guida") relativo proprio alle società pubbliche<sup>70</sup>.

Gli enti privati venivano distinti tra quelli controllati e quelli solo partecipati<sup>71</sup> da amministrazioni pubbliche; ai primi, considerati una sorta di *longa manus* delle amministrazioni (e quindi esposti ad analoghi rischi di corruzione) si richiedeva l'adozione del PTPC e la nomina del responsabile per la prevenzione, sia pure consentendosi, in alternativa, con una significativa (e per certi versi creativa) semplificazione, l'estensione del "modello 231"; per i secondi, invece, si escludeva l'obbligo di dotarsi del piano e si consigliava soltanto alle amministrazioni partecipanti di promuovere l'adozione del modello organizzativo ex d.lgs. n. 231 del 2001, integrandolo con misure idonee a prevenire i fatti di corruzione.

Le linee guida, nella consapevolezza dell'incertezza del quadro normativo di fondo auspicavano, però, una revisione normativa tesa a "risolvere e superare lacune, dubbi e difficoltà interpretative e favorire, così, una più efficace applicazione delle misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza".

Con il più volte citato comma 2 bis dell'art. 1 della l. 190, innestato dal d.lgs n. 97 del 2016, il legislatore ha finalmente detto una parola (si spera) definitiva, stabilendo che il PNA "costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e per gli altri soggetti di cui all'art. 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231".

Vengono, in tal modo, definitivamente individuati i destinatari delle previsioni del PNA e, quindi, quelli tenuti a dotarsi dei PTPC, sia amministrazioni pubbliche<sup>72</sup> che soggetti privati.

---

servizi a favore delle pubbliche amministrazioni, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi".

<sup>70</sup> Ci si riferisce alle "Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici" approvate con delibera n. 8 del 17 giugno 2015, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it); sulle stesse, in modo critico ritenendo che esse non si fossero limitate ad una mera interpretazione delle norme ma fosse andate oltre, *preter legem*, F. Foglia Manzillo, *A proposito delle linee guida dell'ANAC. sulle società partecipate di enti pubblici; quando la soft law diventa hard law*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015,179

<sup>71</sup> Le linee guida avevano individuato le società pubbliche controllate come quelle per le quali le amministrazioni pubbliche potevano esercitare i poteri di controllo indicati nell'art. 2359 c.c., comma 1 n. 1 e 2 e le partecipate come in cui un'amministrazione pubblica non ha poteri di controllo

<sup>72</sup> Essi sono individuati con il rinvio al capoverso del d.lgs n. 165 del 2001 e si tratta, in particolare di tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l' ARAN e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 e, fino alla revisione organica della disciplina di settore, anche il CONI.



Fra questi ultimi - individuati grazie al rinvio al comma 2 dell'art. 2 bis del decreto 33 ed in particolare alla lett. b) – rientrano anche le società in controllo pubblico, per la cui definizione viene opportunamente fatto riferimento al testo unico delle società pubbliche<sup>73</sup>.

Restano, invece, esentate dagli obblighi anticorruzione, le società solo partecipate, e ciò a prescindere dal fatto che anche per esse la giurisprudenza penale ritiene applicabile lo statuto dei pubblici dipendenti<sup>74</sup>.

Proprio per tale ragione, per questi enti, l'ANAC, con le nuove linee guida emanate in materia nel 2017<sup>75</sup>, ha “raccomandato” l'adozione, nell'ambito del proprio modello di organizzativo *ex d.lgs 231 del 2001*, di misure preventive dei rischi corruttivi.

## **7. segue. Modalità di approvazione, struttura e contenuto del piano di prevenzione delle società pubbliche.**

Se va riconosciuto alla riforma del 2016 di aver fatto chiarezza sui soggetti tenuti agli adempimenti programmatori, alla stessa non può tuttavia attribuirsi identico merito per quanto riguarda le previsioni relative alle modalità con cui le società pubbliche devono adeguarsi agli obblighi in questione.

Il comma 2 bis, più volte già citato, contiene, in verità, un'interessante novità, che di fatto ratifica quanto già ritenuto dall'ANAC del 2015, prevedendo che gli enti di cui art. 2 bis, comma 2 del d.lgs. n. 33 del 2013, possano adottare “misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”.

La *ratio* della disposizione si coglie agevolmente; si vogliono semplificare gli adempimenti anticorruzione per chi ha già un modello di *compliance ex art. 6 del d.lgs. 231 del 2001*, consentendogli di estenderlo con misure destinate a prevenire i rischi di “corruzione passiva”<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> La lett b) del comma 2 dell'art. 2 bis del d.lgs n. 33 del 2013 indica oggi le società in controllo pubblico come quelle definite dall'[articolo 2, comma 1, lettera m\), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175](#); siccome, però, il d.lgs n. 97 era stato emanato prima del d.lgs n. 175, nel testo originario era contenuto uno “strano” rinvio al futuro provvedimento (“società in controllo pubblico come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124”) che poi è stato modificato ad opera del d.lgs 16 giugno 2017, n. 100; sugli altri enti indicati dal comma 2 bis si v. più avanti.

<sup>74</sup> I fatti di corruzione che possono essere ascritti a dipendenti o rappresentanti delle società pubbliche o degli altri enti privati comunque collegati ad amministrazioni pubbliche nella lettura consolidata data dalla giurisprudenza prescindono infatti dalla struttura, controllata o meramente partecipata, degli enti e si ricollegano soltanto alla diversa circostanza che “l'attività ... sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, sia pure con strumenti privatistici” (virgolette riprese da Cass. sez. VI pen, 13 giugno 2017, n. 36874, cit); sul punto, sia consentito il rinvio a R. Cantone, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla “riforma Madia” della pubblica amministrazione*, in *Riv. soc.* 2018, 252.

<sup>75</sup> Delibera ANAC, 8 novembre 2017 n. 1134, avente ad oggetto “Aggiornamento delle linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici”, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it). Per un esame approfondito delle linee guida, F. Tortora, *La prevenzione della corruzione. Un sistema in continua evoluzione*, Torino, 2018, 33 ss

<sup>76</sup> Nel testo si è utilizzato il riferimento alla “corruzione passiva” sintagma che nel linguaggio penalistico viene utilizzato per indicare la corruzione del funzionario pubblico (il “corrotto”), in alternativa alla “corruzione attiva” che fa invece riferimento all'attività del corruttore. Siccome le fattispecie di corruzione sono espressamente previste nel d.lgs n. 231 (art. 25) fra quelle per le quali possono essere adottate le misure preventive, *ex art. 6 del medesimo d.lgs*, è evidente che le società e gli enti che si siano già dotate del modello dovranno avere già previsto misure che si riferiscono alla corruzione, sia pure però come nella logica dell'ente come “corruttore”.

Nella sua apparente stringata chiarezza, la norma comunque lascia invariati alcuni interrogativi, a partire, in particolare, dall'obbligatorietà o meno di questa modalità peculiare di programmazione delle misure anticorruzione.

A chi scrive pare che quella prefigurata dal legislatore non possa che essere considerata una mera opzione, visto che, nel sistema delineato dal d.lgs n. 231 del 2001, l'adozione del modello organizzativo non è affatto obbligata.

Ciò significa che la norma va interpretata nel senso di lasciare alle società pubbliche la decisione di dotarsi di misure integrative del modello ma qualora non lo facciano, esse dovranno adottare un piano di prevenzione analogo a quello delle amministrazioni pubbliche<sup>77</sup>.

La disposizione innestata nel 2016 non prevede alcunchè, invece, sul *quid consistam* delle misure integrative, mentre, come si è accennato, la legge n. 190 del 2012 è stata abbastanza precisa nell'individuare il contenuto dei Piani triennali.

E' da escludere che questa omissione possa leggersi come una scelta di voler lasciar libere le società nello scegliere come riempire di contenuti il modello sul punto.

Al contrario, le società pubbliche dovranno necessariamente ispirarsi alle indicazioni normative riferite ai Piani triennali, adeguandole evidentemente alla loro particolare struttura e in questa attività potranno essere supportate dall'ANAC che, proprio attraverso i poteri attribuitigli dal nuovo comma 2 bis della l. n. 190 del 2012, è deputata a dettare "norme di indirizzo" per tutti i soggetti obbligati a dotarsi degli strumenti preventivi.

L'ANAC ha adempiuto a questo suo obbligo sia fornendo alcune indicazioni con i PNA del 2016 e del 2019, sia soprattutto con le già citate linee guida del 2017 che sono divenute, di fatto, il punto di riferimento obbligato (e principale) per le società pubbliche.

Le linee guida del 2017, in particolare, dedicano all'argomento uno specifico paragrafo (3.1) a sua volta, distinto in sottoparagrafi, il primo dei quali (3.1.1.) significativamente rubricato "misure organizzative per la prevenzione della corruzione".

In esso viene, in primo luogo, ricostruito il procedimento per l'approvazione delle misure integrative o in alternativa del piano.

---

<sup>77</sup>Il Consiglio di Stato in un passaggio, una sorta di *obiter dictum*, del parere rilasciato all'ANAC (Cons. Stato, Comm. spec., 29 maggio 2017, n. 1257) sulle linee guida in materia di misure di prevenzione anticorruzione delle società pubbliche e degli enti privati, sembra, invece, aver optato per la tesi secondo cui, dopo l'entrata in vigore del d.lgs n. 97 del 2016, il modello *ex art.* 6 del d.lgs n. 231 sia divenuto, quantomeno per le società pubbliche e gli enti privati assoggettati alla legge Severino, obbligatorio. La conclusione in questione, però, non è stata seguita dall'ANAC che sia nei PNA 2016 e 2019 che nelle linee guida del 2017 ha continuato a considerare facoltativa l'adozione del modello *ex d.lgs n. 231* e di conseguenza ha ritenuto che gli enti che non lo avessero adottato ben potevano optare per il PTPC; in dottrina, alle stesse conclusioni, A. Massera, *Gli statuti delle società a partecipazione pubblica e l'applicazione delle regole amministrative per la trasparenza e l'integrità*, in AA.VV., *I controlli nelle società pubbliche*, cit., 79 e G. Caputi, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex d.lgs n. 231/01*, in AA.VV., *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, 496; a conclusioni parzialmente diverse, G. Strampelli, *il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza*, in AA.VV., *I controlli nelle società pubbliche*, cit 114, secondo cui le società pubbliche, gestendo risorse pubbliche, sarebbero sostanzialmente obbligate a dotarsi del modello organizzativo previsto dal d.lgs n. 231.

In analogia con quanto previsto per le amministrazioni pubbliche, il compito della redazione si ritiene spetti al responsabile della prevenzione, che, però, tenuto conto della possibile esistenza nelle società dell'organismo di vigilanza (ODV), previsto dal d.lgs n. 231, deve coordinarsi con quest'ultimo.

Il documento va poi sottoposto per l'approvazione dell'organo di indirizzo, specificamente individuato nel consiglio di amministrazione o in altro organo, indicato dallo statuto, con funzioni equivalenti.

Le linee guida si diffondono anche sul contenuto minimo del documento programmatico, riprendendo le previsioni normative relative ai Piani triennali.

Esso dovrà, quindi, individuare e gestire i rischi di corruzione, operando la "mappatura" delle aree o settori di rischio, alcuni dei quali sono segnalati dalle stesse linee guida a titolo esemplificativo, in particolare l'area dei controlli, quella economico finanziaria, quella delle relazioni esterne e quelle di gestione dei rapporti fra amministratori pubblici e soggetti privati.

Quanto alla gestione dei rischi, l'atto di regolazione richiama sia le indicazioni contenute nel PNA 2016 sia - e qui una rilevante novità che si giustifica in relazione alla natura societaria dell'ente - le linee Guida ISO 37001:2016.

In funzione della gestione dei rischi, si prescrive che sia specificamente approntato un sistema di controlli interni, coordinato con quello già eventualmente previsto dal modello 231, e l'adozione di un codice etico (o l'integrazione di esso se già esistente) in cui vengano individuati specifici comportamenti rilevanti ai fini della prevenzione della corruzione.

Vanno obbligatoriamente previste misure che consentano la rotazione del personale che opera con ruoli di responsabilità nei posti di particolare delicatezza e considerati, quindi, a rischio e va proceduralizzato l'iter che consenta di ottenere e gestire le segnalazioni dei cd *whistleblowers* (su cui si tornerà più avanti).

Nel modello andranno anche individuati specifici strumenti per la mappatura e l'emersione di eventuali cause di inconferibilità e di incompatibilità e adottate misure ad evitare l'assunzione di soggetti pubblici, in violazione del divieto di cd *pantouflage* (di questi istituti si tratterà *infra*).

Infine, andranno programmati specifici monitoraggi sull'attuazione delle misure anche in funzione dell'aggiornamento annuale obbligatorio.

Il modello integrativo (o il piano) dovrà essere pubblicato sul sito della società, in modo che di esso abbiano conoscenza i dipendenti e coloro che si interfacciano con essa,

I contenuti, molto sinteticamente riportati, consentono, quindi, alle società di avere un canovaccio utile per redigere, non semplicemente in un'ottica di formalistico adempimento, il proprio documento che delinea la strategia preventiva.

Il capitolo delle linee guida si diffonde, infine, su un altro aspetto molto importante; le modalità di scelta e nomina del responsabile della prevenzione della corruzione.

La legge n. 190 del 2012 ha fornito, come si è già detto sopra, scarse indicazioni su chi debba essere nominato nelle amministrazioni pubbliche ma nessuna con riferimento alle società pubbliche.

Nelle linee guida del 2015, l'ANAC avevano ipotizzato che il RPC potesse essere uno dei componenti dell'ODV, in apparente contrasto con la filosofia della legge n. 190 che vuole che tale ruolo sia attribuito ad un soggetto interno<sup>78</sup>.

Con il nuovo atto regolatorio del 2017, l'Autorità ha opportunamente mutato indirizzo e, analogamente a quanto previsto per le amministrazioni pubbliche, stabilito che anche nelle società il RPC deve essere un dirigente interno che in passato abbia sempre dimostrato un comportamento “integerrimo” e che preferibilmente non operi in settori ad alto rischio di corruzione e che, pur nella sua autonomia, comunque si muova in sinergia ed in stretta collaborazione con l'ODV<sup>79</sup>.

## 8. Le disposizioni in materia di integrità

Il secondo pilastro dell'impianto di prevenzione è costituito dalle disposizioni che si prefiggono come obiettivo di garantire l'integrità dei soggetti che operano per conto delle amministrazioni.

Non merita, forse, nemmeno di essere spiegata la *ratio* in questo caso perseguita; l'integrità, intesa come onestà e rettitudine nei comportamenti, rappresenta una indiscutibile barriera nei confronti della corruzione.

Si tratta, a ben vedere, di doti etiche che dovrebbero essere date per implicite per chi svolge funzioni pubbliche, ma siccome non può darsi per scontato che esse siano il *modus operandi* di tutti coloro che gestiscono la *res pubblica*, diventa necessario prevedere disposizioni che impongono o prescrivono comportamenti di un certo tipo, finalizzati a garantire lo standard indicato.

Regole di tal natura del resto sono, fra l'altro, previste nelle legislazioni di gran parte Paesi del Mondo e la loro adozione è raccomandata dalla Convenzione ONU di Merida, proprio nella prospettiva della prevenzione della corruzione<sup>80</sup>.

La normativa anticorruzione italiana contiene numerose disposizioni che sono finalizzate a questo obiettivo<sup>81</sup> ma, a differenza di quelle poco sopra esaminate relative alla disciplina dei piani di prevenzione, queste riferite all'argomento in esame non sono nemmeno contenute in un'unica legge e, al contrario,

---

<sup>78</sup> Per un esame critico dell'opzione proposta dalle linee guida, F. Petrillo, *Il responsabile della prevenzione della corruzione ex l. 190/2012 e l'organismo di vigilanza ai sensi del d.lgs n. 231/2011: ruoli e responsabilità. Due figure sovrapponibili?*, in *Resp. amm. soc enti*, 2014, 109; in senso, invece, adesivo G. Strampelli, *il sistema dei controlli interni e l'organismo di vigilanza*, cit., 126.

<sup>79</sup> In senso adesivo rispetto alla scelta delle linee guida del 2017, di individuare quale RPC un soggetto interno alla società e non facente parte dell'ODV, G. Caputi, *Disciplina anticorruzione e modelli organizzativi ex d.lgs n. 231/01*, cit., 494

<sup>80</sup> L'art. 8 della Convenzione di Merida, rubricato “codice di condotta dei pubblici ufficiali”, contenuto nel titolo II dedicato alle “misure preventive” prevede testualmente al suo primo paragrafo “Ai fini della lotta alla corruzione, ciascuno Stato Parte incoraggia in particolare l'integrità, l'onestà e la responsabilità dei propri pubblici ufficiali, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico”.

<sup>81</sup> Le disposizioni trovano anche un autorevole appiglio in alcune disposizioni costituzionali (28, 54 e 97, in particolare) che si prefiggono come obiettivo quello di garantire al Paese funzionari corretti ed imparziali.

sono disseminate anche in più testi, tanto da apparire difficile anche per l'interprete provare a leggerle in una logica unitaria ed organica.

Con questa doverosa premessa, si possono individuare tre diversi profili attraverso i quali la legislazione anticorruzione si approccia al tema dell'integrità.

Il primo si concentra, in particolare, sulla necessità di garantire l'imparzialità dei funzionari, preoccupandosi di intervenire su quelle condizioni che possono minarla; in questo ambito rientrano tutte quelle norme che si occupano, direttamente o indirettamente, dei cd conflitti di interesse, situazioni queste ultime ritenute, anche sul piano internazionale, come un fattore di rischio per la corretta azione amministrativa.

Il secondo profilo si propone, invece, di rafforzare i requisiti di idoneità morale necessari per l'accesso alle cariche amministrative, soprattutto quelle a cui competono attività di particolare rilevanza; in questa direttrice si pongono le disposizioni che prevedono l'impossibilità (temporanea o definitiva) di ricoprire uffici da parte di condannati o imputati per gravi reati penali.

Il terzo aspetto si concentra, infine, sui comportamenti che i funzionari pubblici devono tenere nell'esercizio delle funzioni, fornendo loro un insieme di regole a cui attenersi, attraverso codici di comportamento che dovrebbero delineare lo standard del funzionario modello. In questo terzo profilo può essere fatta rientrare la disciplina del *whistleblowing* che svolge anche una funzione di promozione di una nuova cultura della responsabilità dei dipendenti pubblici.

Questo sottosistema di regole, cui si è fatto rapido cenno, nasce soprattutto ponendo la sua attenzione ai funzionari, onorari o professionali, delle amministrazioni pubbliche, di quelle entità cioè deputate, in via principale, ad occuparsi della gestione dei pubblici interessi.

Nella logica, però, più volte sottolineata, di un ordinamento che non attribuisce la cura dei pubblici interessi solo alle amministrazioni pubbliche, le regole in questione vengono poi estese oltre il perimetro tradizione degli enti pubblici.

E fra i soggetti che sono destinatari, diretti o indiretti, di esse vi sono certamente anche le società pubbliche.

Le norme, a partire dalla legge n. 190 del 2012, si riferiscono anche ad esse, sia pure, in un contesto caratterizzato già da scarsa organicità, in modo, se possibile, ancora più confuso e contraddittorio.

Il testo unico varato nel 2016 sulle società pubbliche non interviene, purtroppo, sul punto ad apportare chiarezza, ma al contrario, confermando per queste ultime l'applicazione delle norme in materia di prevenzione della corruzione, aggiunge nuovi obblighi e regole (in particolare nell'art. 11), rendendo l'impianto ancora più farraginoso<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Il d.lgs 19 agosto 2016, n. 175 contiene una norma che fa salva esplicitamente la normativa in materia di inconferibilità ed incompatibilità (al comma 14 dell'art. 11, in particolare, testualmente stabilisce "restano ferme le disposizioni in materia di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi, di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39"), ma di fatto non prevede alcuna altra deroga specifica a tutte le altre disposizioni dettate (ad esempio, quella in materia di *pantouflage*) dalla normativa

Nei paragrafi successivi ci si concentrerà, però, solo sulle norme recate dalla legislazione anticorruzione.

## 9. La disciplina del conflitto di interessi.

Il primo dei tre profili della “disciplina dell’integrità” è quello che tende a garantire l’imparzialità del funzionario pubblico, un valore quest’ultimo che trova un diretto riferimento nella disposizione costituzionale di cui all’art. 97<sup>83</sup>.

La normativa, adottata anche sulla scorta delle raccomandazioni sovranazionali<sup>84</sup>, se ne fa carico limitatamente, soprattutto, ad uno specifico aspetto, quello cioè dei cd conflitti di interesse.

Sarebbe impossibile provare qui ad approfondire un tema di tale complessità, fra l’altro, molto trasversale perché impatta più ambiti dell’ordinamento giuridico, che vanno ben oltre l’amministrazione pubblica.

Del conflitto di interesse trattano, infatti, norme del codice civile (soprattutto in materia societaria), del codice penale (le disposizioni penali societarie e quella dell’abuso di ufficio) oltre che del diritto amministrativo.

E’, però, possibile enucleare una definizione tendenzialmente condivisa dell’endiadi, valida, in linea di massima, per tutti i settori in cui essa è presa in considerazione, e perciò molto generica.

Il conflitto di interessi sussiste in presenza di “un contrasto di interessi facenti capo alla stessa persona, uno dei quali di tipo istituzionale ed un altro di tipo personale”<sup>85</sup>.

Esso può presentarsi in tre modi: essere attuale, potenziale o apparente.

---

anticorruzione, che restano, quindi, pienamente vigenti in materia. In senso critico sulla scelta del legislatore, parlando di un regime “complesso e frammentato delle incompatibilità ed inconfiribilità”, M. Rossi, *Nomina, revoca e prorogatio degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in AA.VV, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, cit., 394, a cui si rinvia per un primo esame della normativa introdotta dal T.U. Sull’argomento si segnala anche una presa di posizione dell’ANAC, che con “Atto di segnalazione a Governo e Parlamento” (n. 2 del 7 febbraio 2018, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)) ha evidenziato come la disciplina introdotta dall’art. 11 del d.lgs n. 175 del 2015 manchi di un sistema di *enforcement* analogo a quello previsto dal d.lgs n. 39 del 2013 e che quindi l’ANAC medesima non si ritene competente a rilevare le eventuali ipotesi di inconfiribilità ed incompatibilità dovessero conseguire dall’art. 11 medesimo.

<sup>83</sup> Secondo F. Merloni, *La legge anticorruzione e le garanzie di imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici*, cit., 18 “per l’imparzialità del risultato, dell’azione, occorre garantire...l’imparzialità soggettiva delle persone titolari di pubbliche funzioni”.

<sup>84</sup> La Convenzione di Merida esplicitamente in più disposizioni fa riferimento alla necessità di sterilizzare i conflitti di interesse; invita, in particolare, gli Stati aderenti ad adoperarsi per adottare, mantenere o rafforzare i sistemi che prevencono i conflitti di interesse (così, art. 7, par. 4, dedicato al settore pubblico) ed ad attuare, altresì, misure e sistemi che obblighino i pubblici dipendenti a dichiarare ogni loro attività esterna, impiego, investimento, bene ed ogni dono o vantaggio sostanziale dal quale potrebbe conseguire un conflitto di interessi (così, art. 8, par. 5, dedicato ai codici di condotta dei pubblici ufficiali).

<sup>85</sup> Così, *ex plurimis*, Cons. St. sez. V, 28 maggio 2012, 3133; in termini analoghi, Cass. civ., sez. II, 18 maggio 2001, n. 8853, *CED Cass. n. 546804 – 01* che con riferimento alla disciplina del condominio ha ritenuto legittimo escludere il diritto di voto per “quei condomini che, rispetto ad una deliberazione assembleare, si pongano come portatori di interessi propri, in potenziale conflitto con quello del condominio”. Sulla distinzione del conflitto di interessi in sede pubblica e privata, M. Calcagnile, *Inconfiribilità amministrativa e conflitti di interesse*, Bologna, 2017, 64, secondo cui la differenza consiste nel fatto che, con riguardo a quello in sede privata “vengono in rilievo soltanto ‘interessi privati’ perché anche il cd. ‘interesse istituzionale’ è qualificabile come interesse di natura privata mentre con riferimento ... [a quello in sede pubblica], il cd. ‘interesse istituzionale’ è sempre un interesse pubblico e ciò, in quanto nel diritto pubblico, il conflitto di interessi indica la situazione in cui il funzionario pubblico è portatore di un interesse privato che può porsi in contrasto con gli interessi pubblici inerenti alla carica ricoperta”.

Nel primo caso l'interesse privato, secondario e alieno, entra effettivamente in conflitto con l'interesse istituzionale; nel secondo, invece, l'interesse personale fa soltanto temere un pregiudizio per quello istituzionale; nel terzo, infine, non vi è un interesse privato, secondario e alieno, che possa entrare in conflitto con quello istituzionale primario ma all'esterno emerge una situazione che quel conflitto lo fa apparire sussistente<sup>86</sup>.

Del conflitto di interessi la legislazione anticorruzione si occupa perché lo considera un "fattore di rischio"; chi agisce, infatti, con il portato di un interesse personale può essere più facilmente deviato verso comportamenti di tipo illecito<sup>87</sup>.

Non introduce, però, una disciplina organica della situazione in esame - che pure rappresenta un obiettivo a cui da tempo aspirano tante proposte legislative arenatesi in parlamento<sup>88</sup> - ma mira singoli e limitati aspetti di essa.

In particolare, si concentra, in primo luogo, sulle attività del singolo funzionario, imponendogli obblighi in tutti i casi in cui incappi nel conflitto; in secondo luogo, sull'accesso o la permanenza del funzionario in alcune cariche, prevedendo limiti e divieti per chi proviene da contesti ritenuti idonei a generare un conflitto; in terzo luogo, sul momento in cui il funzionario lascia l'amministrazione (per dimissioni, pensionamento etc) stabilendo limiti allo svolgimento di attività che possono essere il frutto della strumentalizzazione del precedente ruolo.

Le disposizioni dettate sui punti citati si riferiscono anche (almeno in parte) alle società pubbliche.

## 10. L'obbligo di astensione.

La legge n. 190 del 2012 ha introdotto uno specifico obbligo per chi, nell'esercizio delle funzioni, si possa trovare in una situazione di conflitto di interesse, e cioè il dovere di astenersi.

Il funzionario pubblico, in base a tale previsione, legittimamente può (e deve) rifiutare di svolgere la sua attività, per evitare che il portato di interessi personali incida (o possa incidere) sulla decisione pubblica<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Così, M. Calcagnile, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, cit., 64, che individua il conflitto di interesse "apparente" in quelle situazioni in cui il privato ha un interesse personale che potrebbe convergere in astratto anche con quello istituzionale ed indica quale esempio dello stesso l'art. 78 del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL) che prevede l'obbligo di astensione degli amministratori degli enti locali riguardo a interessi propri o di loro parenti entro il quarto grado, a prescindere dalla circostanza che gli interessi personali possano anche essere coincidenti con quelli pubblici.

<sup>87</sup> In termini analoghi, S. Frego Luppi, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.* 2013, 671.

<sup>88</sup> Nell'ordinamento nazionale manca una legge organica sul conflitto di interesse; è stata adottata nel 2004 una legge che all'argomento si riferisce (l. 20 luglio n. 215, cd "legge Frattini") ma limitatamente ai titolari di cariche di governo; nella precedente legislatura (la XVII) un ramo del parlamento aveva adottato una normativa e più disegni di legge sono stati presentati nell'attuale; per maggiori riferimenti al contenuti di questi ultimi ddl e agli aspetti di criticità che li contraddistinguono, sia consentito il rinvio, a R. Cantone, F. Merloni, *Conflitti di interesse; una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.* 2019, 894.

<sup>89</sup> In dottrina, si ritiene che l'astensione oltre a rappresentare un obbligo per il funzionario sia anche per quest'ultimo un diritto che gli consente di non incorrere nel delitto di omissione di atto dell'ufficio; così V. Caianiello, voce *Astensione e ricsuzione (nel procedimento e nel processo amministrativo)*, in *Enc. Giur.* vol. III, 1988, 2 e S. Frego Luppi, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, cit. 684.

Il dovere in questione è esplicitato nell'art. 6 bis della legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241), rubricato "conflitto di interessi" e in essa innestato proprio dalla legge Severino (comma 41, art. 1 della legge 190 del 2012).

Malgrado il titolo possa far pensare diversamente, la norma non si occupa affatto in generale del conflitto di interessi, limitandosi, invece, ad individuare il rimedio per sterilizzarlo<sup>90</sup>.

Per apprezzare l'importanza della novità, va, però, ricordato che essa ha colmato una (incredibile) lacuna nell'ordinamento, perché sino a quel momento non vi era una disposizione che, in via generale, prevedesse l'obbligo di astenersi<sup>91</sup>.

Era stata la giurisprudenza amministrativa che, anche partendo da alcune specifiche discipline di settore<sup>92</sup> e dal canone costituzionale di cui all'art. 97, aveva teorizzato l'esistenza di un obbligo di tal tipo gravante su tutti i funzionari pubblici<sup>93</sup>.

L'art. 6 bis citato stabilisce oggi esplicitamente che "il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto anche potenziale".

In presenza, quindi, di un conflitto di interessi, attuale o potenziale, scatta il duplice obbligo di astenersi e segnalare l'esistenza del conflitto<sup>94</sup> per i soggetti che partecipano all'intera attività procedimentale, ovvero non solo a quella decisoria in senso stretto ma anche ai segmenti prodromici, di carattere cioè istruttorio *lato sensu*, destinati ad influire sulla decisione finale.

La disposizione in esame facendo specifico riferimento, quali destinatari della stessa, al "responsabile del procedimento" e ai "titolari degli uffici competenti" sembra prefigurare una sua applicazione soltanto a quei soggetti che operano per conto delle amministrazioni pubbliche.

---

<sup>90</sup> Nel senso che l'astensione rappresenti uno dei principali rimedi contro il conflitto di interessi, B.G. Mattarella, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in AA.VV., *Corruzione pubblica*, Firenze, 2011, 67; sulla tematica si v. pure L. Galateria, voce *Astensione (diritto costituzionale ed amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. III, 1958, 939 e ss.

<sup>91</sup> La codificazione del principio è stata salutata come positiva dalla maggioranza della dottrina; in questo senso A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, Torino, 2018, 150; M. Calcagnile, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, cit., 95.

<sup>92</sup> In particolare le norme già esistenti in materia erano rappresentate dall'art. 78 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (TUEL) che impone agli amministratori di astenersi dal prendere parte alla discussione e alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di prossimi congiunti; l'art. 11 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 (il regolamento sui concorsi pubblici) che prevede l'applicabilità degli art. 51 e 52 c.p.c. relativi all'astensione o alla ricsuzione, per i componenti delle commissioni di concorso; l'art. 84 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (il previgente codice dei contratti) che disciplinava le incompatibilità dei componenti della commissioni di gara.

<sup>93</sup> *Ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2009, n. 2070 e Cons. Stato, sez. III, 24 gennaio 2013, n. 477. Per maggiori riferimenti all'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in materia, Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, 18. Secondo G. Fonderico, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, cit., 162, "gli obblighi di astensione e di esternazione dei conflitti di *interesse* facevano ... parte del bagaglio ordinario dei doveri di ogni dipendente pubblico già prima della legge n. 190 ed escono rafforzati dopo l'adozione della legge".

<sup>94</sup> Nel senso che in entrambi i casi di conflitto, sia reale che potenziale, si configurino entrambi gli obblighi, A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, cit. 152



Leggendola, però, in combinato disposto con l'art. 1 della legge n. 241 che riguarda “i principi generali dell'attività amministrativa” e, in particolare, con il suo comma 1 ter è lecito giungere ad una soluzione diversa.

L'art. 1 della l. n. 241, infatti, al suo comma 1 prevede espressamente che “l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza...” mentre al comma 1 ter - modificato per interpolazione, proprio dalla legge n. 190 del 2012<sup>95</sup> - stabilisce che “i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1 con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni della presente legge”.

Siccome è fuori di dubbio che fra “i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative” rientrano anche le società pubbliche e che il dovere di astensione è uno dei precipitati principali del dovere di imparzialità, ne deriva, per logica conclusione, che i soggetti, che a qualunque titolo operano per conto delle società pubbliche, hanno, quando si occupano di attività pubbliche, il dovere di astenersi allo stesso modo in cui tale obbligo ricade sui funzionari pubblici.

Tale proposta lettura è coerente, del resto, con l'orientamento, cui si è già fatto cenno sopra, della giurisprudenza penale che qualifica anche chi opera nell'ambito delle società pubbliche come pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio e, quindi, possibile soggetto attivo dei delitti contro la pubblica amministrazione.

In questa veste, ad essi potranno essere applicate le norme penali contenute nel capo dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e, quindi, anche quella relativa all'abuso di ufficio, di cui all'art. 323 c.p., che, in presenza degli altri presupposti previsti dalla disposizione incriminatrice, punisce anche chi omette di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti dalla legge<sup>96</sup>.

## **11. Il d.lgs n. 39 del 2013; l'inconferibilità e l'incompatibilità.**

Un secondo ambito di interventi, pure finalizzato a evitare conflitti di interesse, prevede, come già accennato, limiti di accesso e permanenza in alcune cariche.

---

<sup>95</sup> L'art. 1, comma 37 della l. n. 190 del 2012 ha innestato alla fine del comma 1 ter dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990, il seguente inciso “con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”

<sup>96</sup> Nel senso della configurabilità della fattispecie di abuso di ufficio ad una società pubblica, in particolare ad una società *in house*, Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2017 n. 3046/18, *CED Cass.* n. 272251

Il legislatore, attraverso quella sorta di microsistema contenuto nel d.lgs n. 39 del 2013<sup>97</sup>, si prefigge l'obiettivo di sterilizzare i rischi di indebite pressioni sull'esercizio delle funzioni che possono derivare da attività svolte in precedenza<sup>98</sup>.

Queste attività sono individuate, con una presunzione *iuris e de iure*, e determinano, in particolare, l'inconferibilità, e cioè l'impossibilità di conferire di un incarico<sup>99</sup>, sia pure per un periodo di tempo limitato (cd di raffreddamento<sup>100</sup>), o l'incompatibilità, cioè l'impossibilità di rivestire contestualmente incarichi diversi, con l'obbligo conseguente di optare per una delle due<sup>101</sup>.

Inconferibilità ed incompatibilità, pur essendo due istituti diversi, sono strutturati in modo sostanzialmente speculare<sup>102</sup>; le medesime situazioni che non consentono l'attribuzione *ab origine* dell'incarico, determinano poi l'impossibilità di una loro sovrapposizione<sup>103</sup>.

La normativa prevede anche un autonomo ed articolato sistema di sanzioni; l'incarico illegittimamente conferito è nullo; il soggetto che lo conferisce è destinatario di una sanzione interdittiva che non gli consente per tre mesi di effettuare nomine; il beneficiario dell'incarico che ha taciuto l'esistenza della situazione di conflitto originario non potrà per tre anni essere destinatario di altri incarichi.

---

<sup>97</sup> Il d.lgs in esame è stato emanato in virtù della delega contenuta nel comma 49 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012, la cui è esplicitato nell'incipit del comma ("ai fini della prevenzione e del contrasto della corruzione nonché della prevenzione dei conflitti di interesse"); per un esame più approfondito delle norme contenute nella delega, F. Merloni, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche; l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, cit., 191 e ss

<sup>98</sup> In termini analoghi, C. Tubertini, *Le inconferibilità ed incompatibilità*, in AA.VV., *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 254, secondo cui l'obiettivo perseguito dal legislatore con l'introduzione delle nuove regole è quello di voler evitare menomazioni all'imparzialità e all'immagine dell'amministrazione.

<sup>99</sup> L'art. 1 comma 2, lett. g) del d.lgs n. 39 definisce l'inconferibilità come "la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico".

<sup>100</sup> Il cd "raffreddamento" è il periodo che deve intercorrere fra l'ultima data di svolgimento di attività in conflitto ed il conferimento dell'incarico successivo e dovrebbe avere come effetto di eliminare o comunque attenuare il rischio delle indebite pressioni; esso, individuato in modo differente caso per caso, oscilla dall'anno ai tre anni; sulla ragione della temporaneità della inconferibilità, A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, cit.126; sui criteri utilizzati per individuare i periodi di raffreddamento, legati alla "prossimità" degli incarichi provenienza rispetto a quelli di destinazione, M. Calcagnile, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, cit., 130.

<sup>101</sup> L'art. 1, comma 2, lett. h) del d.lgs n. 39 definisce l'incompatibilità come "l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico";

<sup>102</sup> Esistono, in realtà, differenze, sia pure limitate di ambito di applicazione; ad esempio l'incompatibilità prevista dall'art. 10 del d.lgs n. 39, pur ricalcando l'inconferibilità di cui all'art. 7 del medesimo d.lgs, ha uno spettro più ampio perché si estende anche agli incarichi dirigenziali "interni" mentre l'inconferibilità riguarda solo gli incarichi "esterni"

<sup>103</sup> Così, *ex plurimis*, F. Paterniti, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in AA.VV., *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione ed attività regolatoria*, a cura di I.A. Nicotra, Torino, 2016 114; secondo M. Calcagnile, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, cit.,130, del resto, l'inconferibilità altro non sarebbe che una forma di incompatibilità successiva perché non consente, per un certo periodo, a chi abbia ricoperto alcune cariche di poterne ottenere di nuove.

L'impianto sanzionatorio, costruito in modo tutt'altro che chiaro tanto da aver ingenerato nell'applicazione pratica numerosi e intricati problemi ermeneutici, individua anche chi dovrà irrogare le sanzioni e cioè il RPC e l'ANAC<sup>104</sup>.

Gli istituti, molto sommariamente descritti, sono applicabili alle amministrazioni pubbliche, comprese le autorità indipendenti, ma anche ad entità private che operano nel settore pubblico e fra queste, evidentemente, anche alle società pubbliche.

Nell'articolo 1, comma 2 - rispettivamente alle lett. c) e d) - del d.lgs n. 39, si fa specifico riferimento agli "enti di diritto privato in controllo pubblico" e agli "enti di diritto privato regolati o finanziati", di cui viene fornita anche una definizione, sia pure valida "ai fini del presente decreto".

I primi sono identificati nelle "società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi". I secondi, invece, sono "le società e gli altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, nei confronti dei quali l'amministrazione che conferisce l'incarico: 1) svolga funzioni di regolazione dell'attività principale...; 2) abbia una partecipazione minoritaria nel capitale; 3) finanzia le attività attraverso rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di concessione di beni pubblici.

Nella prima delle due definizioni riportate sono evidentemente ricomprese quelle che con l'attuale d.lgs n. 175 del 2016 sono annoverate come società controllate, ma il criterio di identificazione di queste ultime è in parte diverso da quello del d.lgs n. 175; in entrambe le disposizioni viene, infatti, individuato un

---

<sup>104</sup> Le difficoltà più significative riguardano soprattutto l'individuazione precisa dei poteri che il d.lgs n. 39 ha attribuito ai due soggetti, in particolare l'art. 15 al RPC e l'art. 16 all'ANAC L'Autorità, con due atti regolatori (in particolare, prime "Linee guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione. Attività di vigilanza e poteri di accertamento dell'A.N.A.C. in caso di incarichi inconferibili ed incompatibili" adottate con Delibera n. 833 del 3 agosto 2016, e poi il "Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi nonchè sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari", adottato con Delibera 29 marzo 2017, n. 328, entrambi consultabili in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)) ha provato a fare ordine sul punto. In estrema sintesi, il RPC avuta conoscenza di una inconferibilità /incompatibilità contesta alle parti (interessato e amministrazione) le eventuali risultanze istruttorie e dopo aver valutato le osservazioni proposte o dispone l'archiviazione o dichiara l'inconferibilità e la conseguente nullità dell'incarico, applica anche la sanzione inibitoria; all'ANAC, invece, spetta la vigilanza sia su incarichi in corso di conferimento che su quelli già conferiti; nel primo caso, se ritiene che la nomina adottanda sia inconferibile sospende la procedura con un proprio provvedimento motivato, comunicato all'amministrazione; l'amministrazione potrà o accogliere il rilievo e non procedere alla nomina o, invece, nominare comunque il soggetto, ma con una motivazione che tenga conto delle osservazioni dell'Autorità; nel secondo caso, effettuati gli accertamenti, con la collaborazione del RPC o attivando i propri poteri ispettivi, ove ritenga sussistente una ipotesi di inconferibilità, adotta un provvedimento motivato di accertamento, che comunica al RPC, il quale dovrà dichiarare la nullità dell'incarico ed avviare il procedimento per accertare gli eventuali profili soggettivi di colpevolezza dell'organo che ha conferito l'incarico ed irrogare l'eventuale sanzione.

parametro comune (il riferimento all'art. 2359 c.c.), mentre diversi sono gli altri criteri<sup>105</sup>; nel d.lgs n. 39, inoltre, si richiede un requisito che prescinde dalla struttura organizzativa e riguarda l'attività concretamente svolta<sup>106</sup>.

Nella seconda definizione rientrano, invece, quelle che in base al d.lgs n. 175 rientrerebbero nel *genus* delle meramente partecipate; anche in questo caso, però, la tipologia identificata dal d.lgs n. 39 non coincide con quella del d.lgs del 2016; quest'ultimo, in particolare, considera partecipate anche le società oggetto di "partecipazione indiretta", indicazioni mancante nel d.lgs n. 39, e soprattutto, esclude espressamente, in quanto oggetto di regolamentazione autonoma, dal tipo le società quotate, esclusione quest'ultima, invece, non prevista dal d.lgs n. 39<sup>107</sup>.

L'assenza di coordinamento fra le due normative non è un dato che va rimarcato per sole ragioni teoriche. Al contrario, come si è già detto e si dirà più avanti, alle definizioni di controllate e partecipate riportate nel d.lgs n. 175 si è rifatto il legislatore della prevenzione in materia di piani e di trasparenza; residua, quindi, una disarmonia nel sistema; vi sono società pubbliche, estranee al perimetro delle regole in materia di piani e trasparenza, cui saranno applicabili irrazionalmente solo i presidi dell'inconferibilità ed incompatibilità.

Passando, poi, ad un rapidissimo esame delle ipotesi di inconferibilità (e quindi indirettamente di incompatibilità), possono enuclearsi, ai fini qui di interesse, due possibili situazioni lavorative pregresse, regolate rispettivamente nei capi IV e V del d.lgs. n. 39, che non consentono il conferimento di nuovi incarichi.

La prima condizione che comporta la preclusione è l'aver svolto precedenti incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato, regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni; la *ratio legis* va individuata nell'esigenza di impedire che l'esercizio delle funzioni pubbliche possa essere condizionato da interessi di natura privatistica<sup>108</sup>.

Ai soggetti indicati sono interdetti, per due anni, gli incarichi nelle amministrazioni statali, regionali e locali che hanno finanziato o regolato le società ed in enti pubblici collegate a queste amministrazioni

---

<sup>105</sup> La lett. b) dell'art. 2 del d.lgs n. 175 del 2016 (già sopra riportato), stabilisce, infatti, che "il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relativo all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo"

<sup>106</sup> Ci si riferisce all'indicazione secondo cui le società devono esercitare "funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici"; secondo M. Calcagnile, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, cit, 142 questo ulteriore requisito va, però, considerato favorevolmente, perché esclude che possa essere destinataria della normativa in esame una società in controllo pubblico che svolga attività tipiche del libero mercato, cioè non rientranti fra i servizi pubblici, come potrebbe essere una società operante nel settore dell'acquisto e vendita di energia elettrica.

<sup>107</sup> La definizione, contenuta nella lett. d) dell'art. 1 del d.lgs n. 39, appare, fra l'altro, problematica, anche sotto ulteriori profili; non chiarisce né se i tre requisiti per qualificare gli enti come "regolati o finanziati" debbano coesistere né tantomeno se il finanziamento debba essere maggioritario; l'ANAC nelle sue decisioni sembra avere optato per la tesi che amplia la categoria, ritenendo sufficiente anche uno solo dei tre requisiti e non indispensabile il carattere maggioritario del finanziamento; in termini problematici, però, C. Tubertini, *Le inconferibilità e le incompatibilità*, cit., 257.

<sup>108</sup> A conclusioni analoghe, F. Paterniti, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, cit., 114

(art. 4) e gli incarichi di direzione (generale, sanitaria ed amministrativa) nelle aziende sanitarie locali che abbiano avuto un rapporto di finanziamento o regolazione con le società (art. 5).

La seconda condizione riguarda, invece, i soggetti che hanno fatto parte di organi di indirizzo politico; l'obiettivo perseguito in questo caso dal legislatore è di evitare che la provenienza da cariche politiche possa incidere sulla imparzialità delle funzioni amministrative<sup>109</sup>.

Senonchè, però, il d.lgs n. 39 – ed in particolare gli artt. 7 e 8 - accomuna a figure che hanno svolto ruoli squisitamente politici (quali, presidente del Consiglio, Ministri, sottosegretari, presidente o assessori di giunte regionali, provinciali o comunali) anche coloro che hanno rivestito cariche di presidente o amministratore delegato di un ente privato in controllo pubblico (e quindi anche di una società pubblica). Lo svolgimento di queste funzioni impedisce la nomina in alcuni incarichi amministrativi (di vertice e dirigenziali) ma anche in quella di amministratore di un ente privato in controllo pubblico.

Ciò, in pratica, comporta che l'aver svolto, ad esempio, l'incarico di amministratore di una società controllata da una regione preclude non solo la nomina a dirigente di quell'ente pubblico - e questa limitazione può avere un senso in relazione alla *ratio* della norma - ma anche, a prescindere da qualsiasi valutazione dell'operato, la possibilità di assumere un incarico in altra società controllata dalla stessa regione.

La norma finisce, quindi, per penalizzare non poco i manager del settore pubblico rispetto a quelli che operano nel privato (che si spostano senza particolari limiti) ma per danneggiare lo stesso ente controllante che si vede privato della possibilità di valorizzare coloro che si sono distinti positivamente in pregresse gestioni<sup>110</sup>.

## 12. La regolamentazione del cd *pantouflage*

La legge n. 190 del 2012, raccogliendo un'indicazione contenuta nella Convenzione di Merida del 2003<sup>111</sup>, ha introdotto nell'ordinamento nazionale, per la prima volta, in via generale<sup>112</sup>, possibili limiti all'attività futura per quei soggetti che hanno esercitato funzioni pubbliche.

---

<sup>109</sup> In termini, F. Merloni, *La legge anticorruzione e le garanzie di imparzialità dei pubblici funzionari*, cit., 26

<sup>110</sup> A conclusioni diverse, però, F. Merloni, *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.* 2013, 813 secondo cui questa previsione è opportuna perché evita il fenomeno del cd *revolving doors*.

<sup>111</sup> Nell'art. 12 della Convenzione di Merida (la cui rubrica è "settore privato") al par. 2, lett e) si prevede fra le misure che gli Stati possono includere "la prevenzione dei conflitti di interesse mediante l'imposizione, se del caso e per un periodo ragionevole, di restrizioni all'esercizio di attività professionali da parte di ex pubblici ufficiali e all'impiego, da parte del settore privato, di pubblici ufficiali dopo le loro dimissioni o il loro pensionamento, quando dette attività o detto impiego sono direttamente collegati alle funzioni che tali ex pubblici ufficiali esercitavano o supervisionavano durante il loro mandato"

<sup>112</sup> L'istituto non era completamente sconosciuto nell'ordinamento nazionale; vi erano in molte discipline di settore norme *ad hoc* che limitavano i funzionari pubblici, nel momento in cui lasciavano l'incarico, a poterne assumere di nuovi in contesti collegati a quelli in cui avevano prestato servizio; per maggiori riferimenti a queste normative, M. Calcagnile, *Inconfiribilità amministrativa e conflitti di interesse*, cit, 84 e C. Pepe, *Nuovi appunti sul divieto di pantouflage (art. 53 c.16-ter del D. Lgs. 165/01): tra origini, figure affini e frontiere giurisprudenziali*, in [www.giustamm](http://www.giustamm), febbraio 2009, 4.

La regolamentazione in parola, individuata ormai nel linguaggio giuridico con l'espressione francese *pantouflage*<sup>113</sup>, persegue una *ratio* che si coglie abbastanza agevolmente; vuole evitare che le prospettive di futuri incarichi possano compromettere l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche e scongiurare, quindi, che il pubblico dipendente possa sfruttare indebitamente la propria posizione per locupletare vantaggi futuri<sup>114</sup>.

La disposizione che prevede l'istituto in questione non brilla, però, né per chiarezza né tantomeno per completezza.

Lo dimostra già la *sedes materiae* prescelta, decisamente poco consona con gli obiettivi tanto ambiziosi perseguiti dalla norma.

La novità è stata, infatti, innestata nel cd testo unico dell'impiego pubblico (d.lgs 30 marzo 2001, 165) ed in un unico comma (il 16 ter) di un articolo che, rubricato come "incompatibilità, cumulo di impieghi e di incarichi", si occupa soprattutto della disciplina degli incarichi extraprofessionali dei dipendenti pubblici<sup>115</sup>.

Il capoverso, in particolare, stabilisce che "I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti".

Nei due alinea individuabili nel comma riportato sono contenuti, in modo eccessivamente stringato e sintetico, sia i limiti ai futuri incarichi che le sanzioni, che possono scattare in caso di inosservanza.

La preclusione ad assumere incarichi è, in particolare, prevista per coloro che nell'ultimo triennio di servizio abbiano esercitato "poteri autoritativi e negoziali" nei confronti di quei soggetti privati che potranno poi offrire al dipendente un incarico.

---

<sup>113</sup> La parola francese utilizzata, ormai, anche nel linguaggio italiano, significa letteralmente "mettersi in pantofole"; essa indica i rimedi previsti dalla Francia per evitare il transito dei propri alti funzionari transitino ad incarichi privati vanificando gli investimenti pubblici in istruzione e formazione; sull'argomento, B.G. Mattarella "*Il pantouflage in Francia: i rapporti d'attività della commission de deontologie delle fonction publique*", in *Riv. trim. dir. pubblic.* 2004, 623; nella terminologia anglosassone, invece, si fa riferimento per indicare la medesima situazione, alle parole "*revolving doors*", letteralmente porte girevoli; così, D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, in [www.giustamm](http://www.giustamm), Settembre 2016, 2.

<sup>114</sup> Secondo G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit., 131 la disposizione sembra configurare un conflitto di interessi meramente ipotetico: si vuole garantire l'integrità del funzionario ed eliminare qualsiasi sospetto della collettività sul suo operato, ipotizzando che l'accettazione di un certo incarico successivamente all'esercizio delle sue funzioni sia una ricompensa per non averle esercitate imparzialmente.

<sup>115</sup> Sulla irrazionalità della scelta della l. n. 190 del 2012 di non prevedere una disciplina *ad hoc*, sia consentito il rinvio a R. Cantone, *Il pantouflage all'italiana; fra rigore formale e rischi di ineffettività*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 2019, 1, 12

In base alla lettera della norma sono inclusi sia chi esercita effettivamente i poteri (cioè, coloro che emanano provvedimenti o perfezionano negozi giuridici attraverso la stipula di contratti) sia chi partecipa alle attività endoprocedimentali che precedono l'emissione dell'atto conclusivo (coloro, cioè, che emanano pareri, certificazioni, perizie, etc.) ed è ricompreso, quindi, chiunque incide, anche indirettamente, sul contenuto del provvedimento finale<sup>116</sup>.

Quanto ai destinatari di tali ultime attività, la disposizione li qualifica, in modo generico, come "soggetti privati", endiadi che può riferirsi a persone fisiche, imprenditori individuali, associazioni, fondazioni, società che operano *iure privatorum* e fra queste possono rientrare, attesa la forma privatistica comunque rivestita, anche le società controllate o partecipate da un'amministrazione pubblica<sup>117</sup>.

Perché operino le limitazioni, non sembra, inoltre, necessario che i soggetti privati siano stati effettivi destinatari di poteri autoritativi e negoziali, essendo tale condizione sufficiente in via meramente potenziale<sup>118</sup>.

Il divieto che consegue dall'esercizio delle funzioni consiste nella preclusione, per i tre anni successivi alla cessazione del rapporto<sup>119</sup>, di incarichi di qualsivoglia tipo; il riferimento all'"attività lavorativa o professionale" si riferisce, infatti, sia ai rapporti di lavoro subordinato o autonomo che alle consulenze o agli incarichi di natura professionale<sup>120</sup>.

Quanto alle sanzioni, la norma ne prevede ben tre, anche se resta completamente silente su chi e come debba irrogarle<sup>121</sup>.

---

<sup>116</sup> A queste conclusioni è giunta in più occasioni l'ANAC; *ex plurimis*, delibera n. 88 dell'8 febbraio 2017, in termini analoghi, la delibera n. 207 del 21 febbraio 2018 (entrambe in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)) che ha indicato come rientranti nell'ipotesi in esame anche i provvedimenti che producono effetti favorevoli per il destinatario e, quindi, anche atti di autorizzazione, concessione, sovvenzione, sussidi, vantaggi economici di qualunque genere; in senso adesivo rispetto alla proposta interpretazione, D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit., 3; in senso critico, invece, A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, cit., 141 secondo cui tale lettura amplierebbe eccessivamente l'ambito applicativo dell'istituto

<sup>117</sup> Così ANAC, delibera n. 88 del 2017 cit; alle medesime conclusioni, D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit. 8

<sup>118</sup> A queste conclusioni, B. Ponti, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, cit., 187, secondo cui una interpretazione che restringesse l'applicazione ai soli soggetti effettivamente destinatari di provvedimenti amministrativi sarebbe disfunzionale rispetto allo scopo preventivo della norma.

<sup>119</sup> Il dato letterale sembrerebbe autorizzare il dubbio se il divieto operi anche nel caso in cui l'offerta dell'incarico giunga mentre il rapporto di lavoro con l'amministrazione è ancora in essere; una lettura restrittiva avrebbe, però, conseguenze paradossali, poiché basterebbe anticipare la proposta a un momento immediatamente precedente la cessazione per sterilizzare del tutto l'efficacia preventiva della disposizione; così, C. Pepe, *Lo "strano caso" dell'art. 53 c. 16 ter del d.lgs. 165/01: criticità tra anticorruzione ed efficienza della legge*, in *Federalismi.it*, 17

<sup>120</sup> L'ANAC con Delibera n. 537 del 5 giugno 2019 in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) ha escluso, con riferimento al caso di un'associazione di volontariato che intendeva avvalersi di una ex dipendente della Presidenza del Consiglio dei ministri nell'ambito dei comitati scientifici del proprio consiglio direttivo, che il divieto di assumere impieghi presso privati possa riguardare incarichi di collaborazione soltanto occasionale.

<sup>121</sup> L'assenza di qualsivoglia indicazione nella norma ha posto il problema su chi e come accertare le violazioni dei divieti ed irrogare le relative sanzioni. L'ANAC, interpretando in senso ampliativo il potere consultivo riconosciutogli in materia nonché il più generale potere di vigilanza sull'impianto di prevenzione della corruzione (rispettivamente previsti dall'art. 1, comma 2, lett. e ed f, l. n. 190 del 2012 e dall'art. 16 del d.lgs. n. 39 del 2013), sia con i PNA che con specifiche delibere, ha rivendicato a sé il potere di vigilanza e di accertamento delle violazioni del comma 16-ter dell'art. 53, ritenendo, però, di non poter comunque, in assenza di un'investitura specifica del legislatore, irrogare le previste sanzioni. La posizione dell'Autorità, in un primo momento contrastata dalla giurisprudenza amministrativa del TAR (Tar Lazio, Roma, sez. I, 27 novembre 2018, n. 11494) che le aveva negato qualsivoglia prerogativa di vigilanza, ha trovato di recente pieno accoglimento da parte del

Esse sono, in particolare, la nullità dell'incarico; l'interdizione per tre anni dai contratti con l'amministrazione, la restituzione integrale del compenso<sup>122</sup>.

La disposizione, nella sua formulazione originaria recata dalla legge n. 190, appariva riferita solo ai dipendenti pubblici.

Le indicazioni testuali ai "dipendenti" e alla "cessazione del rapporto di impiego pubblico" la rendeva, fra l'altro, irrazionalmente applicabile a quei soli soggetti legati all'amministrazione da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, tenendo, invece, fuori quelli legati da contratti di lavoro, subordinati o autonomi, a tempo determinato e che, proprio per non definitività del loro rapporto, avrebbero potuto essere persino più a rischio di condizionamenti esterni<sup>123</sup>.

L'art. 21 del d.lgs n. 39 del 2013, pur in assenza di un chiaro criterio direttivo del legislatore delegante sul punto<sup>124</sup>, è intervenuto per correggere la distorsione ed ha stabilito che "Ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16 ter dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. Tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico".

La formulazione della norma con la deprecabile tecnica del rinvio finisce per estendere, in modo generico, le regole del *pantouflage* a tutti i soggetti individuati come "titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto" e comporta, probabilmente in modo inconsapevole, una estensione degli effetti che vanno ben al di là degli obiettivi perseguiti.

Siccome il d.lgs n. 39 in questione, nelle definizioni contenute nel suo articolo 1, comma 2, fa una sorta di elenco degli incarichi di cui la normativa si occupa, a quell'elenco bisogna far evidentemente riferimento per integrare il contenuto dell'art. 21 citato.

La scorsa delle cariche ivi elencate – nelle lett. da e) ad l) - vi fa rientrare, per quanto qui di interesse, coloro che rivestono sia ruoli di *governance* che di dirigenza negli enti privati, regolati e finanziati nonché negli enti in controllo pubblico, entità queste ultime che, come si è evidenziato nel paragrafo che precede, ricomprendono le società pubbliche controllate o anche meramente partecipate.

---

Consiglio di Stato che ha ritenuto, persino, di potergli riconoscere anche i poteri di irrogazione delle sanzioni previste dalla norma (Cons Stato, sez. V, 29 ottobre 2019, n. 7411).

<sup>122</sup> Le sanzioni pur appearing dettate per entrambe le parti del rapporto, in realtà, sono applicabili, a prescindere dalla nullità che riguarda l'incarico, solo all'ex dipendente (la restituzione dell'emolumento ricevuto) e alla società che assume (l'interdizione), mentre la nullità riguarda l'incarico e si riverbera su entrambe le parti del rapporto; la restituzione dell'emolumento, fra l'altro, di dubbia legittimità soprattutto quando ricollegata a prestazioni lavorative comunque svolte, non appare nemmeno una sanzione amministrativa in senso stretto ma una sorta di sanzione di natura civilistica, che finisce per favorire una delle due parti del rapporto (il datore di lavoro) che riottierebbe l'emolumento; per maggiori riferimenti ai problemi ermeneutici sorti sul punto, R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 169

<sup>123</sup> Così, B. Ponti, *Le modifiche all'art. 53 del testo unico sul lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit., 188;

<sup>124</sup> Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2019, n. 7411 ha di recente escluso l'incostituzionalità dell'art. 21 sotto il profilo del possibile eccesso di delega.



Ne consegue dalla proposta lettura - che appare l'unica compatibile con la lettera della legge ed è quella ad oggi seguita dall'autorità vigilante, l'ANAC<sup>125</sup> - che le società pubbliche controllate e quelle anche solo partecipate finiscono per essere parificate alle pubbliche amministrazioni ai fini dell'applicazione dei limiti di cui al comma 16 ter dell'art. 53 del d.lgs n. 165 del 2001.

All'equiparazione, che di per sé già desta qualche perplessità perché le società comunque sono entità diverse dalle amministrazioni, si aggiunge un ulteriore effetto ancora meno comprensibile che, in dottrina, è stato icasticamente definito come una restrizione "a doppia serratura"<sup>126</sup> e cioè in "entrata" ed in "uscita".

Le società pubbliche diventano, infatti, destinatarie di un doppio limite, sia quello previsto in capo a chi esercita le funzioni amministrative sia quello relativo ai privati destinatari dell'attività negoziale, con conseguenze potenzialmente anche molto ampie, atteso che il presupposto dell'applicabilità del *pantouflage* è non solo l'esercizio di poteri autoritativi ma anche di attività negoziali, che, per un soggetto con forma societaria, è il fisiologico *modus operandi* all'esterno.

Ne possono, quindi, derivare preclusioni significative per i dirigenti ed i componenti della *governance* delle società al momento della conclusione del loro incarico, essendo vietato per essi intrattenere rapporti di lavoro per un triennio con tutti coloro con cui si sono interfacciati nello svolgimento dell'incarico.

Evidentemente anche mossa dalla preoccupazione di restrizioni così rilevanti, l'ANAC, in una sua recente delibera, ha opportunamente optato per una lettura rigorosa dell'ambito di applicazione della disposizione in esame.

Occupandosi, in particolare, di una società controllata dalla RAI, ha ritenuto che i limiti introdotti dal *pantouflage* siano ipotizzabili soltanto con riferimento all'attività di natura pubblicistica svolta dalla società - nel caso di specie quella finalizzata al raggiungimento della *mission* istituzionale della controllante - escludendo, di conseguenza, dagli effetti limitanti quelle attività negoziali svolte in funzione estranea agli interessi di natura pubblica perseguiti<sup>127</sup>.

Si tratta di un principio certamente estensibile a tutte le società pubbliche che condivisibilmente recupera la funzione primigenia dell'istituto, di occuparsi cioè dei rischi di possibili derive corruttive di funzionari pubblici, e lo riconduce entro binari di maggiore ragionevolezza.

---

<sup>125</sup> L'ANAC con delibera n. 766 del 5 settembre 2018, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), ha ritenuto applicabile l'art. 53 comma 16 ter all'amministratore delegato di una società *in house* al ministero della difesa che aveva ricevuto un'offerta di lavoro da una società privata che aveva avuto rapporti contrattuali con la società pubblica medesima, proprio richiamando l'art. 1, comma 2 del d.lgs n. 39

<sup>126</sup> Così, D. Andracchio, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit. 8

<sup>127</sup> Così, Delibera n. 647 del 10 luglio 2019 in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

### 13. L'“idoneità a morale” a rivestire le cariche; l'inconferibilità per condanne penali.

Per accedere a cariche ed uffici pubblici l'ordinamento giuridico nazionale ha da sempre ritenuto necessari requisiti soggettivi che rendono meritevoli di “rappresentare” le istituzioni.

Si tratta di una esigenza che trova il suo fondamento diretto nella Costituzione che all'art. 54, nel richiedere ai funzionari pubblici di adempiere ai loro compiti con “fedeltà ed onore”, pretende da essi uno *stand* etico/morale maggiore rispetto a quello di chi opera nel privato.

In passato, si era richiesto a chi esercitare pubblici uffici la “buona condotta”, una condizione che, però, per la sua indeterminatezza si era prestata ad abusi e strumentalizzazioni.

Essa è poi stata opportunamente sostituita (con la l. 29 ottobre 1984, n. 732) con il requisito del “godimento dei diritti politici”, situazione quest'ultima che viene meno solo a seguito di condanne che comportino l'interdizione di pubblici uffici.

Nel tempo, però, soprattutto per lo svolgimento di alcuni incarichi (per esempio, quello di amministratore degli enti locali), il legislatore ha previsto presupposti più stringenti, considerando preclusive anche sentenze di condanna per reati di particolare gravità, seppure non definitive.

In questo contesto, sinteticamente descritto, si è inserita anche la normativa anticorruzione che ha reso più rigorose le condizioni di accesso soprattutto ad alcune cariche.

A questa direttrice si iscrive, in particolare, il d.lgs 31 dicembre 2012, n. 235, emanato come detto in virtù di una delega contenuta nella l. n. 190 del 2012, che ha introdotto un testo unico delle incandidabilità, che comportando conseguenze per le cariche di componenti del Governo, parlamentari nazionali ed europei etc, non è di interesse in questa sede<sup>128</sup>.

Lo è, invece, l'art. 3 del più volte citato d.lgs n. 39 del 2013 che ha introdotto un'ipotesi di inconferibilità – istituto di cui si già è detto sopra - conseguente a condanna penale.

Essa scatta in presenza di condanne, anche non definitive, per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale (ossia quelli commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione)<sup>129</sup>, in funzione di salvaguardare gli interessi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

---

<sup>128</sup> Il d.lgs 31 dicembre 2012 n. 235 recante “testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze di condanna per delitti non colposi” si riferisce alle cariche di componenti del governo, parlamentari (nazionali ed europei), presidenti delle giunte regionali, consiglieri regionali, sindaci, consiglieri comunali ed ha provato a riordinare una materia particolarmente complessa e disordinata, riportandola in un testo unico, che non è stato scevro di problemi, oltre che di polemiche di vario tipo.

<sup>129</sup> L'ANAC con delibera n. 1292 del 23 novembre 2016 ha escluso che la concessione della sospensione condizionale della pena impedisca l'inconferibilità; con delibera n. 447 del 17 aprile 2019 ha, altresì, ritenuto che l'inconferibilità consegua anche se la condanna per i reati di cui al capo I del titolo II del libro II del codice penale riguardi la fattispecie tentata e non quella consumata (entrambe le delibere sono consultabili in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)).

L'impossibilità di conferire l'incarico ha una durata diversamente modulata a seconda della tipologia di sentenze e della gravità dei reati<sup>130</sup>.

In caso di sentenza definitiva (anche se pronunciata a seguito di patteggiamento) da cui consegue la pena accessoria dell'interdizione dei pubblici uffici, la durata della inconferibilità è pari a quella dell'interdizione e, quindi, potrà essere perpetua o temporanea (commi 2 e 3)<sup>131</sup>.

Per la sentenza non definitiva, si distinguono, nell'ambito dei reati rientranti nel capo sopra indicato, due tipologie di delitti; una di maggiore gravità (nello specifico, i reati indicati dall'art. 3, comma 1, della legge 27 marzo 2001, e cioè quelli di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320 c.p.), l'altra di minore entità (tutti gli altri reati del capo I, fra cui, ad esempio, quelli di cui agli artt. 314, comma secondo, 316, 323 etc. c.p.).

Per i casi ritenuti più gravi, l'inconferibilità ha una durata pari a cinque anni (comma 2); per gli altri, essa è pari al doppio della pena inflitta, comunque entro il limite massimo di cinque anni (comma 3); essa cessa di diritto ove venga pronunciata sentenza anche non definitiva di proscioglimento (comma 5).

Qualora la causa di inconferibilità si materializza dopo la nomina, comporta la sospensione dalla carica<sup>132</sup>. Questo regime è applicabile, secondo quanto previsto nell'elenco di cui al comma 1 dell'art 3 citato, agli incarichi presso le pubbliche amministrazione ma anche a quelli dirigenziali e di amministratore degli enti privati in controllo pubblico e quindi delle società pubbliche controllate<sup>133</sup>.

Esso finisce, quindi, per rappresentare un ulteriore requisito di onorabilità richiesto per accadere a tali ruoli, in aggiunta a quelli di cui all'art. 11 del d.lgs n. 175 del 2016, in ossequio alla condivisibile *ratio* di precludere a soggetti ritenuti eticamente non meritevoli di rivestire ruoli di rilievo in entità che, pur formalmente private, gestiscono comunque interessi di natura pubblicistica.

Sarebbe stato, però, forse più opportuno da parte del legislatore diversamente calibrare i reati la cui condanna è presupposto dell'inconferibilità per chi è chiamato ad operare comunque nel settore

---

<sup>130</sup> Nella pratica si è in più occasioni posto il problema del *dies a quo* della durata del periodo di inconferibilità; l'ANAC, più volte interpellata sul punto, in un primo momento (parere AG/27/15/AC dell'1 aprile 2015 in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)), aveva ritenuto che il termine cominciasse a decorrere dal momento in cui l'amministrazione aveva ricevuto notizia della condanna; da ultimo, invece, con delibera n. 159 del 27 febbraio 2019 (in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)), modificando il proprio orientamento, ha ritenuto che l'inconferibilità richiede un atto di accertamento dell'amministrazione, anche al fine di consentire al soggetto di far valere il proprio diritto di difesa, e da tale momento decorre il termine previsto dalla legge.

<sup>131</sup> Secondo l'ANAC (v. delibera n. 960 del 7 settembre 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)) la pronuncia della riabilitazione fa venir meno anche l'inconferibilità perché fa cessare tutti gli effetti della condanna penale.

<sup>132</sup> Secondo G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, cit. 138 la norma è carente perché non prevede cosa accade nel caso in cui alla fine del periodo giunga una sentenza definitiva di condanna e ritiene che l'unica soluzione prospettabile è quella di ritenere che in tale situazione, per la tutela del principio dell'integrità del funzionario, comunque l'incarico non possa essere ripreso.

<sup>133</sup> Il comma 1 dell'art. 3 del d.lgs n. 39 del 2013 così recita "A coloro che siano stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per uno dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, non possono essere attribuiti: a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali; b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale; c) gli incarichi dirigenziali, interni e esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale, regionale e locale; d) gli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale, regionale e locale; e) gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie locali del servizio sanitario nazionale."

societario, riconoscendo piuttosto rilievo a fattispecie che tipicamente sono connesse all'esercizio di attività imprenditoriali, quali reati tributari, societari, fallimentari etc.

## 14. I codici di comportamento

Un ulteriore presidio che la normativa anticorruzione ha previsto per rafforzare l'integrità dei funzionari è quello dei cd codici di comportamento.

Essi erano, in verità, già stati introdotti nell'ordinamento nazionale fin dal 1994 sia pure senza riconoscere loro alcun valore vincolante, tanto da considerare le disposizioni recate poco più di regole etiche o deontologiche<sup>134</sup>.

Sul piano internazionale, invece, si erano puntato molto sulla loro utilità, considerandoli uno strumento necessario "per un esercizio corretto, onorevole ed adeguato delle funzioni pubbliche"<sup>135</sup>.

Il comma 44 dell'art. 1 della l. n. 190 del 2012, raccogliendo i suggerimenti sovranazionali<sup>136</sup>, ha riscritto integralmente la disposizione ad essi dedicata (art. 54) nel t.u dell'impiego pubblico (il d.lgs n. 165 del 2001).

In estrema sintesi, il nuovo testo dell'art. 54 del d.lgs n. 165 del 2001, prevede che la formulazione del codice di comportamento sia atto esclusivo del Governo (senza più alcuna contrattazione sindacale sul contenuto), che esso sia approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e previa intesa in sede di Conferenza unificata e sia poi pubblicato in Gazzetta ufficiale<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Per un esame del contesto e delle ragioni in cui vennero introdotti nel sistema i codici di comportamento e per la successiva loro evoluzione fino alle novità introdotte dalla l. n. 190 del 2012, si rinvia a E. D'Alterio, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in AA.VV, *La legge anticorruzione*, cit., 216

<sup>135</sup> L'art. 8 della Convenzione Onu di Merida reca come rubrica "codici di condotta dei pubblici ufficiali" e suggerisce agli Stati la loro adozione, prevenendo (al secondo paragrafo) che "ciascuno Stato si adopera al fine di applicare, nell'ambito dei propri sistemi istituzionale e giuridico, codici e norme di condotta per un esercizio corretto, onorevole ed adeguato delle funzioni pubbliche"

<sup>136</sup> Il monitoraggio effettuato da organismi internazionali aveva, fra l'altro, evidenziato la scarsissima efficacia dei precedenti codici di condotta; si v, in questo senso, l'*Evolution Reports of Italy* del GRECO (organo di monitoraggio del Consiglio d'Europa, previsto dalle Convenzioni contro la corruzione del 1999) del 2009 che fotografava l'assoluta inefficacia di quegli strumenti nel nostro Paese

<sup>137</sup> La norma prevedeva che il codice di condotta dovesse essere adottato entro sei mesi; il governo ha rispetto questo termine, adottando il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 intitolato "Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"; sulla natura regolamentare del d.P.R. concorda la dottrina; *ex plurimis*, F. Paterniti, *La tutela preventiva dell'imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, cit., 104; la qualifica come atto di natura regolamentare del codice adottato a livello nazionale aveva comportato, in passato, quale conseguenza che la violazione delle norme in esso contenute può rilevare anche ai fini della configurabilità del delitto di abuso di ufficio *ex art. 323 c.p.*, ovviamente ricorrendo tutti gli altri presupposti previsti dalla norma incriminatrice; così, E. Carloni *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, 174; con la riforma, però, dell'art. 323 c.p. recata dall'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. In l. 11 settembre 2020 (cd decreto semplificazioni) si è espunta la categoria dei regolamenti dalle norme che possono essere violate per dar luogo all'abuso di ufficio e, quindi, ad oggi la violazione del codice di comportamento non ha più alcuna nemmeno "indiretta" rilevanza penale.

Il codice deve perseguire gli obiettivi di “assicurare la qualità dei servizi che le amministrazioni rendono ai cittadini” ma anche la “prevenzione dei fenomeni di corruzione” ed il “rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell’interesse pubblico”.

Si applica a tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, compresi i dirigenti e, novità più rilevante, la violazione dei doveri previsti dal codice, diventa “fonte di responsabilità disciplinare” tanto che “violazioni gravi e reiterate” dei doveri medesimo possono dar luogo alla “sanzione di cui all’art. 55 quater” e cioè al licenziamento disciplinare.

Inoltre, per rimarcare la natura cogente degli obblighi, si sancisce che la loro violazione rilevi anche ai fini della responsabilità civile amministrativa e contabile, “ogniquale volta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti”.

Ciascuna amministrazione dovrà poi dotarsi di un proprio codice di comportamento che integra e specifica il codice di comportamento “nazionale”<sup>138</sup> e la violazione dei doveri in questi ultimi stabiliti da luogo alle stesse conseguenze (disciplinari, contabili civili ed amministrative) per i doveri sanciti nel codice “nazionale”.

La normativa indicata è stata espressamente dal legislatore destinata ai soli dipendenti delle amministrazioni pubbliche e non si applica, quindi, ai soggetti che operano per conto degli enti privati in controllo pubblico e, quindi, alle società pubbliche.

Si tratta di una scelta la cui *ratio* è solo in parte comprensibile e che appare, comunque, poco coerente con l’intero impianto della normativa in materia di prevenzione che, come si è detto, ha applicato gran parte dei suoi istituti, anche quelli che, come il *pantouflage* o l’inconferibilità, sembravano strutturalmente pensati per i soli funzionari pubblici.

Il perché di questa opzione non è, fra l’altro, indicato nei lavori preparatori e non può giustificarsi con la circostanza che gli enti privati in questione, ed in particolar modo, le società pubbliche avrebbero potuto già dotarsi di propri codici di comportamento nell’ambito dei modelli di *compliance*, ex art. 6 del d.lgs n. 231 del 2001.

I codici, infatti, al pari dei modelli non sono obbligatori<sup>139</sup> e quand’anche siano adottati, il loro contenuto è determinato in modo sostanzialmente libero<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Questa tipologia di codici di comportamento viene definita “codici di amministrazione”; così R. Patumi, *I codici di comportamento*, Sant’arcangelo di Romagna, 2020, 25

<sup>139</sup> Sui codici etici all’interno degli enti a cui è applicabile il d.lgs n. 231 del 2001 e sul fatto che essi non siano obbligatori nell’ambito dei modelli previsti e che comunque ad essi non viene riconosciuta alcuna efficacia esimente, A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale di responsabilità degli enti*, cit., 123.

<sup>140</sup> L’art. 6 del d.lgs n. 231 del 2001, al suo comma 3, prevede che “i modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto, con i Ministri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati”. I codici di comportamento cui fa riferimento la norma non sono, ovviamente, quelli di cui ci sta occupando ma sono, in realtà, una sorte di linee guida che possono essere adottate dalle associazioni rappresentative, per supportare i singoli enti nell’adozione dei propri modelli; in queste linee guida sono contenuti anche dei criteri orientativi, a cui i singoli enti possono far riferimento, su come strutturare i propri codici etici

Un legislatore attento alle diversità strutturali degli enti destinatari delle norme in materia di prevenzione avrebbe, invece, fermo restando la disciplina dettata per i pubblici dipendenti, ben potuto individuare un nocciolo minimo di regole valide anche per chi opera per gli enti privati che esercitano funzioni pubbliche, lasciando poi a quest'ultimi l'integrazione delle stesse, nell'adozioni dei propri codici, in modo da calibrarle alle proprie specificità.

E ciò che ha provato (in parte) a fare l'ANAC che, utilizzando i poteri regolatori garantitigli dalla legge in materia (art. 1, comma 2 bis della l. n. 190 del 2012), ha, sia nei PNA 2016 e 2019 sia soprattutto nelle linee guida più volte citate sulle società pubbliche del 2017, fornito prescrizioni in materia agli enti privati. Per quanto riguarda le società pubbliche, in particolare, ha stabilito (punto 3.1) che esse siano tenute a dotarsi di un codice etico o di comportamento - o qualora lo abbiano già ad estenderne la portata - in modo da introdurre regole di comportamento finalizzate a prevenire i fatti corruttivi, accompagnando, altresì, tali regole da un adeguato sistema di sanzioni disciplinare.

Un'indicazione oggettiva molto ridotta perché nulla dice in ordine al contenuto dei codici, rendendoli, però, quantomeno, una misura obbligata nell'ambito delle attività di prevenzione che gli enti in questione devono adottare<sup>141</sup>.

## 15. Il *whistleblowing*.

Tra gli strumenti utilizzati per la prevenzione della corruzione, va certamente annoverato il *whistleblowing*, parola inglese con cui si individua sia la segnalazione di illeciti proveniente da un dipendente pubblico o privato (cd. *whistleblower*)<sup>142</sup> sia l'insieme delle regole previste per tutelare chi la effettua.

Le segnalazioni sono considerate particolarmente utili perché consentono di far emergere illeciti commessi nel contesto lavorativo, che diversamente resterebbero sotto traccia, ma anche in quanto favoriscono l'affermazione di una cultura della legalità, delle regole, della collaborazione e, quindi, dell'integrità dei lavoratori.

L'istituto origina nei Paesi di *common law* ed in particolare negli Stati Uniti d'America<sup>143</sup> e, grazie ai buoni risultati ivi raggiunti, è stato adottato dalle Convenzioni internazionali come strumento di lotta al crimine e, in particolare, alla corruzione.

---

o di comportamenti; sul valore e l'importanza di queste "linee guida", A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale di responsabilità degli enti*, cit., 138

<sup>141</sup> L'ANAC potrà valutare l'assenza dei codici di comportamento da parte delle società nell'ambito dell'attività di vigilanza sui piani e, in caso di verifica della loro assenza e/o della loro inadeguatezza, ordinare agli enti la loro adozione.

<sup>142</sup> Secondo F. GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in AA.VV., *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, a cura di G. Frascini, N. Parisi e D. Rinoldi, Acireale, 2011, 85 il termine *whistleblowing* è "una vera e propria *catch word*", ovvero un'espressione popolare idonea ad incapsulare e sintetizzare un particolare concetto; grazie soprattutto all'esperienza dei Paesi di *common law*, la parola è entrata a far parte del *legal jargon* delle organizzazioni internazionali.

<sup>143</sup> La prima normativa risale ai tempi della presidenza di Abraham Lincoln; il *False Claims Act* (1863) nasceva per contrastare, attraverso segnalazioni di cittadini, le condotte fraudolente dei fornitori di munizioni ed altro materiale bellico; la legislazione statunitense si è poi implementata via via, ampliando l'oggetto delle possibili segnalazioni e ponendo particolare attenzione

Ne raccomandano l'adozione sia la Convenzione civile contro la corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 che la Convenzione ONU di Merida<sup>144</sup> e di recente anche l'Unione europea ha emanato una Direttiva in materia (direttiva n. 2019/1937) che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro due anni<sup>145</sup>.

L'Italia solo nel 2012, con la legge n. 190, ha dato una prima attuazione agli impegni internazionali; con il comma 51 dell'art. 1 ha, infatti, innestato nel d.lgs. n. 165 del 2000, un nuovo articolo (54 bis), rubricato "tutela del dipendente che segnala illeciti".

In estrema sintesi, la disposizione tutelava il dipendente pubblico<sup>146</sup> che aveva denunciato "condotte illecite" – endiadi ampia, comprensiva di illeciti non necessariamente solo di matrice corruttiva<sup>147</sup> - apprese "in ragione del rapporto di lavoro"<sup>148</sup>, all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti, all'ANAC<sup>149</sup> o ne riferisce al superiore gerarchico.

La tutela riconosciuta al segnalante era duplice; non poteva essere sanzionato, licenziato o sottoposto a misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro, per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia; era tutelata la segretezza della sua identità che non poteva essere rivelata senza il suo consenso nemmeno nel corso di un procedimento disciplinare avviato a seguito della segnalazione, a meno che non fosse indispensabile<sup>150</sup>, e la segnalazione era sottratta anche all'accesso amministrativo di cui alla l. n. 241 del 1990.

---

(anche) a quelle provenienti dai dipendenti di amministrazioni pubbliche o private; la letteratura in materia è enorme; *ex plurimis*, G. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, 559; G. GOLISANO, *Il whistleblowing nella giurisprudenza USA: illeciti d'impresa e posizione del lavoratore che li denuncia*, in *Law. giur.*, 2006, 939; G. LIGUORI, *La disciplina del whistleblowing negli Stati Uniti*, *Resp. amm. soc. enti*, 2, 2014, 6 ss.

<sup>144</sup> La Convenzione civile del consiglio d'Europa vi dedica l'art. 9, intitolato "tutela dei dipendenti", con cui si richiede agli Stati membri di garantire "una adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili"; la Convenzione di Merida, con l'art. 33 dedicato specificamente alla "protezione delle persone che comunicano informazioni", richiede agli Stati di garantire "misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione"; solo la prima delle due convenzioni prevede un obbligo per gli Stati membri mentre la seconda contiene una mera raccomandazione, seppure molto autorevole; così, sia consentito il rinvio, R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, cit., 248

<sup>145</sup> La direttiva, approvata il 16 aprile 2019 e ratificata dal Consiglio il 23 ottobre 2019 è stata pubblicata sulla Gazzetta dell'unione il 26 novembre 2019 (L.305/17); per un primo commento, A. Della Bella, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 6 dicembre 2019, 1

<sup>146</sup> Il riferimento generico al dipendente pubblico era inteso come relativo a tutti coloro che avevano rapporti di lavoro, a tempo determinato o pieno, con contratti di diritto privato o pubblico con amministrazioni pubbliche; la segnalazione di costoro, inoltre, era tutelabile sempre che riguardasse fatti veri o fatti che in buona fede il segnalante ritiene veri

<sup>147</sup> L'ANAC per supportare gli enti nell'applicazione della normativa aveva adottato, con Delibera 28 aprile 2015, n. 8, "Linee guida in materia di tutela del dipendente che segnala illeciti", in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

<sup>148</sup> Si tratta di informazioni apprese in virtù dell'attività svolta e/o a causa dello svolgimento delle mansioni lavorative, anche in modo casuale, escluse, invece, quelle acquisite al di fuori di ogni legame con il contesto professionale; secondo Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2018, n. 35792 in *Guida dir.*, 2018, 14, 74, l'art. 54 bis non fonda alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni che autorizzi improprie attività investigative in violazione dei limiti posti dalla legge.

<sup>149</sup> L'ANAC non era previsto fra i destinatari delle segnalazioni ed era stato aggiunto nella norma dall'art. 31 del d.l. n. 90 del 2014, conv. in l. n. 114 del 2014.

<sup>150</sup> L'art. 54-bis distingueva nel "procedimento disciplinare aperto nei riguardi del denunciato" il caso in cui la contestazione si basasse su "altri elementi e riscontri oggettivi in possesso dell'amministrazione o che la stessa abbia autonomamente acquisito a prescindere dalla segnalazione", prevedendo che l'identità del denunciante non potesse essere divulgata senza il suo permesso ed il caso in cui le imputazioni si fondassero solo sulla segnalazione del dipendente, consentendo alla persona

La disciplina, sommariamente descritta, era stata, soprattutto sul piano culturale, un indiscutibile passo avanti<sup>151</sup>, ma aveva manifestato evidenti criticità nell'applicazione su molti profili; molte segnalazioni giunte riguardavano non illeciti contro l'amministrazione ma in danno di chi le aveva effettuate (*egoistic blowers*); era, inoltre, apparsa poco efficace la tutela del segnalante, fra l'altro limitata, in contrasto con le indicazioni convenzionali, ai soli dipendenti pubblici<sup>152</sup>.

Il parlamento, quasi in limine alla scadenza della XVII legislatura, ha approvato la legge 30 novembre 2017, n. 179, che, in soli tre articoli, ha riscritto integralmente le regole in materia, lasciando la disciplina principale nell'art. 54 bis del d.lgs n.165 del 2001 e modificando, altresì, il d.lgs n. 231 del 2001<sup>153</sup>.

Le novità introdotte riguardano in primo luogo il settore pubblico e spaziano sia sul piano delle segnalazioni tutelate, sia dei soggetti aventi titolo alla tutela, sia sulle tutele riconosciute, sia, infine, sulle sanzioni.

Prendendo le mosse dalle segnalazioni tutelate, esse dal punto di vista dei destinatari, possono oggi essere trasmesse oltre che all'autorità giudiziaria ordinaria, contabile e all'ANAC, anche al RPC, in luogo, però, del superiore gerarchico<sup>154</sup>.

Quanto al contenuto, la novella sembra riprodurre *prima facie* la dizione del passato; la segnalazione ha ad oggetto le "condotte illecite" - endiadi che ricomprende l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione ma anche situazioni di abuso di potere da parte del funzionario per vantaggi privati e persino fatti di cattivo funzionamento dell'amministrazione causati dall'uso a fini privati delle funzioni attribuite<sup>155</sup> - di cui il soggetto sia "venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro".

L'inciso presente nella parte iniziale del riscritto comma 1 dell'art. 54 bis introduce, però, una connotazione della segnalazione - quella di essere le stesse "nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione" - che finisce, opportunamente, per limitarle soltanto a quelle che denuncino condotte lesive di un interesse collettivo o diffuso, escludendo, quindi, le cd. *egoistic blowers*<sup>156</sup>.

---

coinvolta nel procedimento di apprendere l'identità del denunciante, anche senza l'assenso di quest'ultimo, purché fosse "assolutamente indispensabile" per l'esercizio del diritto di difesa.

<sup>151</sup> Così, *ex multis*, G. GARGANO, *La "cultura del whistleblower" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 13 gennaio 2016, 39 secondo cui l'art. 54 bis aveva aperto uno "spiraglio" che doveva però essere supportato da ulteriori interventi mirati;

<sup>152</sup> Il dato era emerso nei monitoraggi annuali sulle segnalazioni effettuati dall'ANAC e consultabili in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

<sup>153</sup> Il titolo della legge è "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato"; l'art. 1 della legge in particolare riscrive l'art. 54 bis del d.lgs. n. 165 del 2001; l'art. 2 innesta nuovi commi (2-bis, 2-ter e 2-quater) nell'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001; il terzo, invece, non incide su pregresse normativa e finisce per restare l'unica norma autonoma della legge.

<sup>154</sup> Scelta quest'ultima coerente e razionale, in linea con il ruolo del RPC nelle amministrazioni. La disposizione non stabilisce un obbligo per il *whistleblower* di rivolgersi ai soggetti indicati in base alle loro competenze e quindi essa deve ritenersi valida anche se inviata a chi non è competente (ad es. la denuncia di un illecito contabile all'autorità giudiziaria ordinaria); saranno i destinatari, poi, a trasmettere gli esposti ricevuti a chi, *ratione materiae*, potrà trattarli; così, sia consentito il rinvio, R. Cantone, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in *www.sistemapenale.it* 29 giugno 2020,10

<sup>155</sup> Questa è la definizione dell'ANAC nelle linee guida n. 8 del 2015 cit che deve ritenersi ancora attuale.

<sup>156</sup> Alle stesse conclusioni, N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, in *Lav.dir. eur*, 2018 14 e F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen e proc.* 2018, 480. La norma non prevede espressamente che la segnalazione debba avere ad oggetto fatti veri o comunque reputati ragionevolmente e in buona fede tali dal dipendente ma è evidente che si tratta di una precondizione indispensabile, fra l'altro tale considerata dalle convenzioni



Muta anche la platea dei soggetti possibili segnalanti; seppure la norma - comma 2 art. 54 bis - continua a parlare di “dipendenti pubblici” ne dà poi una definizione che va, in modo incoerente, ben oltre il perimetro pubblico<sup>157</sup>; sono considerati tali, infatti, i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2 del d.lgs n. 165 del 2001, i dipendenti di un ente privato in controllo pubblico ai sensi dell’art. 2359 c.c. e i lavoratori e collaboratori di imprese fornitrici di beni e servizi o che realizzano opere in favore delle amministrazioni.

Modifiche non meno rilevanti attengono alle tutele riconosciute; vengono confermate e soprattutto rinforzate quelle in materia di riservatezza e divieto di discriminazioni ed aggiunta una scriminante per la violazione dei doveri di segreto e riservatezza, stabilendosi, però, che le tutele vengano meno qualora il segnalante sia condannato, con sentenza di primo grado, per calunnia o diffamazione o per reati connessi alla denuncia o sia accertata la sua responsabilità civile, per aver riferito informazioni false riportate con dolo o colpa grave<sup>158</sup>.

Quanto alla riservatezza, viene, in particolare, sancito il divieto di rivelare l’identità del segnalante nel procedimento disciplinare e, in modo più limitato, anche in quello penale e contabile<sup>159</sup>; viene precluso l’accesso ex l. n. 241 del 1990 alla segnalazione<sup>160</sup> ed, infine, è stabilito l’obbligo per le amministrazioni di dotarsi di un sistema per l’invio e la gestione delle segnalazioni, secondo modalità indicate da ANAC con linee guida sentite il Garante privacy<sup>161</sup>.

Con riferimento al secondo ambito di tutele, è stabilito che l’autore della segnalazione, a causa di essa, non possa essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, che la prova sul carattere

---

internazionali che, a questi fini, rappresentano un criterio interpretativo della norma nazionale; sul punto, R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 290.

<sup>157</sup> Sull’incoerenza di aver inserito nel testo unico dell’impiego pubblico una norma che riguarda anche lavoratori del comparto privato, *ex plurimis*, D. BOLOGNINO, *Spunti di riflessione sui chiaro-scuro della formulazione della nuova normativa di tutela del dipendente che segnala l’illecito di cui alla l. n. 179 del 2017*, in *Amministrazione in cammino*, 13 marzo 2018, 6

<sup>158</sup> In senso critico, ritenendo che la norma contrasti con il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza fino a sentenza definitiva, M. Tartaglione, *Il <whistleblowing> nel settore pubblico. I meccanismi di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*, in AA.VV., *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 398.

<sup>159</sup> In particolare, nell’ambito del procedimento penale, l’identità del whistleblower è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall’articolo 329 c.p.p. e cioè fino a quando l’imputato non può avere conoscenza della pendenza del procedimento e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari; in quello dinanzi alla Corte dei Conti l’obbligo, dura sino alla chiusura della fase istruttoria; nel procedimento disciplinare, l’identità non dovrà essere rivelata ove la contestazione sia fondata su accertamenti distinti ed ulteriori; se, invece, la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla denuncia, il disvelamento dell’identità potrà avvenire solo con il consenso del whistleblower.

<sup>160</sup> La disposizione ricalca quella pregressa, dimenticando però colpevolmente che è stata introdotta, fin dal 2016, la nuova e più penetrante figura dell’accesso civico generalizzato di cui all’art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33 del 2013; malgrado la lettera della norma possa apparire un ostacolo, l’interpretazione conforme ai criteri di razionalità impone di considerare non accessibile la segnalazione anche nel caso in cui sia richiesta ex art. 5 d.lgs. n. 33.

<sup>161</sup> Nel senso che la procedura informatizzata debba essere considerata lo strumento più efficace per tutelare la riservatezza del denunciante, A. RICCIO, *La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la legge n. 179 del 2017*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 26 marzo 2018, 8; l’ANAC ha predisposto le “Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell’art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing)”, il cui testo è stato posto in consultazione il 29 luglio 2019 e all’esito, dopo il parere previsto dalla legge del Garante della privacy, è stato richiesto anche il parere del Consiglio di Stato, come spesso è accaduto per gli atti di regolazione dell’ANAC; il parere è stato rilasciato il 24 marzo 2020 (Cons St, sez. I, 24 marzo 2020, n. 615); le linee guida non risultano ancora definitivamente approvate.

discriminatorio del comportamento gravi sull'amministrazione (inversione dell'onere della prova)<sup>162</sup>, che, infine, gli atti ritorsivi siano nulli e, in caso di licenziamento, spetti la reintegra nel posto di lavoro.

La terza garanzia di tutela (art. 3 l. 179 del 2017) prevede, infine, la configurabilità di una scriminante per i reati di "rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio" (art. 326 c.p.), "rivelazione del segreto professionale" (art. 622 c.p.), "rivelazione dei segreti scientifici e industriali" (art. 623 c.p.) e la configurabilità della violazione del dovere di fedeltà e di lealtà (art. 2105 cc), purchè, però, la segnalazione sia effettuata con alcune modalità prestabilite<sup>163</sup>.

Infine, la legge introduce sanzioni pecuniarie particolarmente rigorose, tese a rafforzare le garanzie previste a favore del *whistleblower*, attribuendo la competenza ad irrogarle all'ANAC.

Punibili sono, in particolare chi adotti misure discriminatorie nei confronti del segnalante (da 5.000 a 30.000 euro)<sup>164</sup>; chi, all'interno dell'amministrazione, non introduca le procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni o le preveda in modo non conforme alle indicazioni delle linee guida dell'ANAC (da 10.000 a 50.000 euro); chi, infine, non svolga l'attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute (da 10.000 a 50.000 euro).

## 16. segue. Il *whistleblowing* nel settore privato e nelle società pubbliche.

Una delle critiche mosse alla disciplina introdotta nel 2012 era stata quella di non essersi occupata delle segnalazioni dei lavoratori delle società pubbliche e, più in generale, di quelle provenienti dai dipendenti del settore privato<sup>165</sup>.

In realtà, però, nel settore privato, l'istituto del *whistleblowing* non era completamente sconosciuto; le società di più vaste dimensioni, soprattutto quelle che operano nei mercati internazionali, erano già state

---

<sup>162</sup> Secondo A. Riccio, La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la legge n. 179 del 2017, cit., 7, "la sola effettuazione della segnalazione attraverso il canale formalizzato, consentirà al lavoratore di sollevarsi anche dalla vicenda relativa all'obbligo di indicazione di indizi precisi e concordanti, tipico dei giudizi in materia".

<sup>163</sup> In particolare la norma prevede che la segnalazione deve essere effettuata "nelle forme e nei limiti di cui all'art. 54 bis" ed il *whistleblower* deve agire al fine di perseguire l'interesse all'integrità delle amministrazioni nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni (comma 1); il segnalante non deve essere un soggetto esterno all'ente o all'amministrazione che sia venuto a conoscenza della notizia "in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza" con l'ente (comma 2); le notizie e i documenti, oggetto di segreto aziendale, professionale o d'ufficio, non devono essere rivelati con "modalità eccedenti rispetto alle finalità dell'eliminazione dell'illecito" e, in particolare, la rivelazione non deve avvenire al di fuori del canale di comunicazione specificamente predisposto per le segnalazioni (comma 3). Mancando tali presupposti, funzionali ad evitare che la scriminante possa utilizzata per il perseguimento non di interessi pubblici ma meramente personali, la rivelazione del segreto ritorna ad essere punibile in sede penale e ad essere fonte di responsabilità civile. Sulla disposizione e su alcuni suoi aspetti problematici, si v. F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, cit., 483.

<sup>164</sup> Ad oggi l'ANAC ha adottato un'unica sanzione (delibera 14 settembre 2019 n. 782 in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)) nei confronti del vertice dell'Organo per i procedimenti disciplinari (OPD) di un comune, riconosciuto responsabile di aver adottato una sanzione disciplinare di carattere discriminatorio.

<sup>165</sup> Nel senso che la norma introdotta dalla l. n. 190 del 2012 non avesse ottemperato alle indicazioni delle convenzioni internazionali che facevano generico riferimento ai dipendenti, senza distinguere fra quelli pubblici e privati L. Salazar, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione; l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass. pen.* 2012, 4291; sulle critiche relative all'assenza di una disciplina per le società pubbliche, N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, cit., 5 che fa riferimento anche ad un caso, di vasto clamore mediatico, di un dipendente di una società pubblica che aveva denunciato un illecito ed era rimasto sfornito di tutela

positivamente contaminate dalle esperienze anglosassoni e alcune di esse lo avevano spontaneamente introdotto, utilizzando in questa prospettiva una norma del d.lgs n. 231 del 2001.

L'art. 6 del d.lgs n. 231, al comma, 2 lett. d), in particolare, prevede che il modello organizzativo debba contenere “obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli”.

Questo obblighi hanno, in verità, funzione ed obiettivi diversi - gravano sui responsabili dei settori aziendali a rischio, tenuti a report periodici all'organismo di vigilanza per consentire l'esercizio effettivo delle proprie prerogative<sup>166</sup> - ma implicitamente consentivano (o comunque non vietavano) l'introduzione di canali di segnalazione riservati ai dipendenti<sup>167</sup>.

La legge n. 179 del 2017, con l'art. 2, interpola proprio l'art. 6 del d.lgs n. 231 del 2001, innestandovi una serie di nuovi commi, in particolare i commi 2-bis, 2-ter, 2-quater.

Diviene con essi obbligatorio per gli enti che si dotino del modello organizzativo l'inserimento di canali di comunicazione attraverso cui è possibile ricevere “a tutela dell'integrità dell'ente .. segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti o di violazioni del modello, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte”.

Inoltre, a tutela del segnalante si stabilisce che nel modello debba essere canonizzato “il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti ... per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione” nonché la previsione “nel sistema disciplinare adottato ... [di] sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante”, ma anche, in funzioni di garantire la veridicità delle segnalazioni, di sanzioni per “chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate”.

La disposizione si completa con gli strumenti di tutela per il segnalante e cioè l'obbligo di comunicazione all'ispettorato nazionale del lavoro delle misure discriminatorie e la nullità sia degli atti discriminatori sia del licenziamento<sup>168</sup>.

La normativa delineata ha colmato il vuoto del passato, anche se non ha messo in discussione un limite intrinseco della disciplina, collegato alla natura dei modelli *ex art. 6*; l'obbligatorietà della previsione dei canali di segnalazione deve fare i conti con la facoltatività dei modelli; è tale, quindi, solo per quegli enti che decidono di dotarsi di esso<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Sulla funzione svolta dalla disposizione, A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., 176

<sup>167</sup> Così, G. FRASCHINI, *Whistleblowing e sistemi di protezione: stato dell'arte e considerazioni. Rapporto sulla ricerca svolta da Transparency international-Italia*, in AA.VV., *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, cit., 68; sull'esperienza di alcune grandi società italiane ben prima del 2012, R. TOURNOUR, *Attività di impresa e sistema di whistleblowing. L'esperienza di Telecom Italia*, *ivi*, 173

<sup>168</sup> In senso critico rispetto alle disposizioni dei commi 2-ter 2-quater, A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit. 111 secondo cui desta perplessità la *sedes materiae*, trattandosi di disposizioni schiettamente lavoristiche.

<sup>169</sup> In termini, A. Rugani, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu), 3 giugno 2018, 17

I nuovi eventuali flussi informativi, che dovessero venire dai *whistleblowers*, si sovrappongono, inoltre, con gli obblighi di report di cui all'art. 6, comma 2, lett. d), gravanti sui responsabili aziendali verso l'organismo di vigilanza; questi ultimi restano, infatti, un dovere di chi esercita ruoli di responsabilità; le segnalazioni, invece, una facoltà di tutti i dipendenti di non voler restare inerti rispetto ad illeciti di cui vengono a conoscenza in ragione della loro attività.

Entrambe le tipologie di segnalazione - in assenza di una indicazione normativa recata dalla l. n. 197 e salvo una diversa valutazione del modello di *compliance* - dovranno essere dirette all'organismo di vigilanza (ODV) che dovrà poi processarle, sia pure con regole diverse.

Nell'indicare l'oggetto delle segnalazioni, la novella del 2017 rimarca non poche differenze con quelle dei dipendenti pubblici; queste ultime hanno, in particolare, ad oggetto condotte illecite connesse a fenomeni *lato sensu* corruttivi, rilevanti nell'interesse dell'integrità dell'amministrazione; quelle dei dipendenti privati devono, invece, essere funzionali a garantire l'integrità dell'ente, essere "circostanziate" ed avere ad oggetto condotte illecite rilevanti ai sensi del d.lgs n. 231 o comunque riguardare violazioni del modello organizzativo.

E' indiscutibile che le nuove disposizioni si applichino anche alle società pubbliche, siano esse controllate, partecipate o quotate secondo l'indicazione contenuta nel d.lgs n. 175 del 2016, in quanto soggetti che possono dotarsi del modello organizzativo *ex* art. 6 del d.lgs n. 231 del 2001.

Il legislatore del 2017 non ha ritenuto, però, evidentemente sufficiente per garantire i dipendenti (di alcune) delle società pubbliche il sistema di regole da ultimo riportate.

Nella definizione, già ripresa sopra, di dipendenti pubblici, contenuta nell'art. 54 bis del d.lgs n. 165 come riscritto dall'art. 1 della l. 179 del 2017, ha, in particolare, espressamente equiparato a quelli delle pubbliche amministrazioni i dipendenti degli enti privati controllati ai sensi dell'art. 2359 c.c. e quindi, per quanto qui di interesse, delle società pubbliche controllate, rendendo, di conseguenza, applicabile ad esse il modello pubblicistico di tutela delle segnalazioni.

Una scelta non del tutto comprensibile ma giustificabile con la natura ibrida delle società pubbliche; sono enti privati, ma quando esercitano funzioni pubbliche vengono (sostanzialmente) parificate ad enti pubblici, tanto che i loro vertici e dipendenti assumono qualifiche pubblicistiche e possono commettere reati tipici di questa categoria.

Ciò significa, però, che, in assenza di indicazioni normative alternative, le due tipologie di segnalazioni debbano ritenersi entrambe applicabili, con l'inevitabile sovraccarico di adempimenti per le società oltre che di possibili rischi di confusione per gli eventuali fruitori.

Le società pubbliche controllate, quindi, che si dotano del modello *ex* d.lgs n. 231 del 2001 devono prevedere da un lato criteri di gestione delle segnalazioni per i reati previsti d.lgs n. 231 del 2001 con le regole di cui ai commi 2 bis e ss dell'art. 6 del medesimo d.lgs e dall'altro un sistema per processare le denunce di fatti corruttivi, in ossequio alle indicazioni dell'art. 54 bis del d.lgs n. 165 del 2001.

In quest'ultimo caso, le società dovranno, di conseguenza, attenersi alle linee guida di cui comma 5 del medesimo art. 54 bis, adottate dall'ANAC, sentito il garante della privacy e saranno sottoposte alla vigilanza della medesima Autorità anticorruzione che potrà anche irrogare le già sopra citate sanzioni amministrative pecuniarie, nei casi specificamente indicati.

Un sistema così farraginoso potrà, per paradosso, scoraggiare i dipendenti che vogliono portare alla luce gli illeciti commessi in ambito societario, per le difficoltà di orientarsi fra le diverse tipologie di segnalazione.

Vi è, infine, anche un altro aspetto della normativa che appare alquanto distonico, in particolare quello che riguarda l'individuazione delle società controllate tenute ad adottare il sistema pubblicistico di tutela del segnalante.

Secondo il legislatore del 2017, esse sono le società controllate da amministrazioni pubbliche, *ex art. 2359 c.c.* .

Si tratta di una definizione che *ictu oculi* non coincide con quella di società controllata del d.lgs n. 175 del 2016, a cui si sono poi allineate le discipline in materia di piani e di obblighi di trasparenza.

Il combinato disposto delle lett. b) ed m) dell'art. 2 del d.lgs n. 175 del 2016, configura, infatti, il controllo da parte delle amministrazioni pubbliche oltre che nella "situazione descritta dall'art. 2359 codice civile" anche "quando in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale, è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo".

Dal novero delle società controllate tenute agli obblighi anticorruzione e trasparenza sono d'altro canto escluse espressamente - in base al disposto dell'art 2 bis del d.lgs n. 33 del 2013 - le società quotate, esclusione quest'ultima, invece, non ripresa nel testo dell'art. 54 bis come riscritto dalla riforma.

Potrà quindi accadere che società controllate (quelle, ad esempio, tali in virtù di norme di legge o di patti parasociali) siano tenute ad adottare il piano e obbligate alla trasparenza ma non tenute a predisporre gli strumenti di tutela pubblicistici del segnalante e al contrario altre (ad esempio, quelle quotate, controllate *ex art. 2359 c.c.*) siano onerate ad introdurre meccanismi di gestione delle segnalazione dei *whistleblowers*, pur restando estranee al perimetro di tutti gli altri adempimenti in materia di prevenzione<sup>170</sup>.

Un'evidente e irrazionale asimmetria che, vista la lettera della legge, appare ben difficile da superare attraverso una semplice interpretazione adeguatrice<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> Così, sia consentito il rinvio, R. Cantone, *Le società pubbliche nel perimetro dell' "anticorruzione amministrativa"*, in *Sist. pen.*, 2020, 6, 27.

<sup>171</sup> L'ANAC nello schema di linee di guida predisposte in attuazione del comma 5 dell'art. 54 bis del d.lgs n. 165 del 2001, come modificato dalla l. n. 197 del 2017, ha provato a procedere a tale interpretazione adeguatrice, stabilendo ad esempio, per quanto qui di interesse, che le società quotate non sono tenute a dotarsi degli strumenti di gestione delle segnalazioni di illeciti; il Consiglio di stato nel parere redato (Sez. I, 4 marzo 2020, cit) ha bocciato tale operazione affermando che "pur condividendo l'obiettivo di favorire la coerenza con la normativa generale sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza, ritiene che l'opzione prescelta non risulti fondata su solide basi legislative di rango primario."

## 17. La trasparenza dell'attività pubblica.

La terza direttrice della strategia di prevenzione è costituita dalla trasparenza dell'azione dei pubblici poteri.

Con il termine in questione - proveniente dal mondo scientifico<sup>172</sup> e poi transitato, con altro significato, nel linguaggio comune e tecnico/giuridico - si intende la conoscibilità dell'attività delle istituzioni pubbliche, attraverso meccanismi che si inseriscono fra esse (che devono rendersi conoscibili) ed i cittadini (che hanno diritto o interesse a sapere), consentendo a questi ultimi di accedere a dati e informazioni.

In tutte le moderne democrazie, l'esercizio trasparente del potere pubblico oltre ad essere considerato un predicato irrinunciabile della stessa forma democratica<sup>173</sup>, viene ritenuto uno strumento attraverso cui esercitare il controllo civico e a mezzo del quale i funzionari danno conto del loro operato (cd *accountability*)<sup>174</sup>.

In quest'ultima accezione, la trasparenza è considerata uno dei principali strumenti di prevenzione della corruzione; le informazioni sull'attività delle istituzioni consentono all'opinione pubblica, ai media e alle autorità di controllo di conoscere eventuali come operano le amministrazioni, facendo, quindi, emergere comportamenti scorretti e consentendo la loro denuncia agli organi competenti per le indagini o comunque alla pubblica opinione.

Al tempo stesso, la consapevolezza degli amministratori pubblici dell'esistenza di questa forma di controllo civico funge da sicuro deterrente rispetto alla commissione di illeciti<sup>175</sup>.

L'importanza della trasparenza viene rimarcata anche sul piano internazionale.

---

<sup>172</sup> La trasparenza è un concetto utilizzato dalla fisica per individuare una caratteristica degli oggetti che possono essere attraversati dalla luce; secondo il *Vocabolario della lingua italiana. Il Conciso*, Treccani, 1998, 1812, la definizione della parola è “detto di un corpo che lascia passare la luce, e che quindi lascia vedere, più o meno chiaramente gli oggetti che sono al di là del copro stesso”.

<sup>173</sup> N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1980, 2,182 definisce la trasparenza come il “il governo del potere pubblico in pubblico”.

<sup>174</sup> Così, A. Corrado, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018, 15.

<sup>175</sup> In termini analoghi, G. Gardini, *L'incerta natura della trasparenza amministrativa*, in AA.VV., *Il FOLA italiano; vincitori e vinti. Un bilancio a tre anni dall'introduzione*, cit., 34 secondo cui “la conoscenza di informazioni, dati e documenti consente a chiunque di esercitare un controllo consapevole e informato sulle attività della pubblica amministrazione”; alle medesime conclusioni F. Merloni, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra la legge n. 190 del 2012 e d.lgs n. 33 del 2013*, in AA.VV., *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs 14 marzo 2013, n. 33*, a cura di B. Ponti, Santarcangelo di Romagna, 2013,18, secondo cui “la trasparenza diventa un fondamentale mezzo per consentire l'emersione dei fenomeni corruttivi e per mantenere la giusta <pressione> dei cittadini sul corretto ed imparziale svolgimento dell'azione amministrativa (e sui comportamenti imparziali dei funzionari” .

E' considerata un principio cardine dell'Unione Europea<sup>176</sup> ed un precipitato necessario del diritto di informazione, cui fa riferimento la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo<sup>177</sup>.

La convenzione Onu di Merida ovviamente se occupa, indicandola agli Stati aderenti come una fondamentale misura di prevenzione della corruzione e dedicandole un articolo *ad hoc* (art. 10)<sup>178</sup>.

L'Italia, a differenza di molti altri Stati democratici<sup>179</sup>, si è avviata, invece, tardi sulla strada della trasparenza, malgrado già agli inizi del secolo precedente si era evocata come indispensabile requisito di un'amministrazione che vuole operare correttamente quello di essere una "casa di vetro"<sup>180</sup>.

La trasparenza non è espressamente citata nella Costituzione repubblicana, anche se in tempi recenti la Corte Costituzionale le ha riconosciuto valenza di principio costituzionale, ricavabile dall'interpretazione sistematica di più disposizioni<sup>181</sup>.

---

<sup>176</sup> L'Unione Europea aveva già inserito una menzione della trasparenza nel trattato di Amsterdam del 1997; nel 2001 ha, poi, adottato un regolamento sul diritto di accesso generalizzato ai documenti formati dagli organi dell'Unione e nel 2007, grazie al Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre), ha inserito, in termini espliciti e formali, il riferimento alla trasparenza nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che rappresenta una sorta di costituzione per l'Unione. Il riformulato art. 15 del Trattato, infatti, si apre (comma 1) con una affermazione molto forte, secondo cui "al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile", in base alla quale poi si stabilisce (comma 3) che "qualsiasi cittadino dell'Unione..ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione..".

<sup>177</sup> E' stata soprattutto la Corte Europea dei diritti dell'uomo che, interpretando l'art. 10 dedicato alla libertà di informazione, ha ricavato l'esistenza di un diritto dei cittadini a conoscere gli atti delle amministrazioni; *ex plurimis*, Corte EDU, 14 aprile 2009, Tarsasag a Szabadsagjogokrtt c. Ungheria e 25 luglio 2013, Youth initiative for Human Right c. Serbia e da ultimo Corte EDU, 8 novembre 2016, ONG Magyar Helsinki Bizottsag c. Ungheria; su quest'ultima decisione, E. Carpanelli, *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della corte di Strasburgo sul Magyar Helsinki Bizottsag c. Ungheria*, in *Oss. cost.*, 2017, 1, 1 ss e M. Vacirca, *Il diritto di accesso come presupposto essenziale della libertà d'espressione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 765.

<sup>178</sup> L'art 10, la cui rubrica è "informazione al pubblico", indica quale obbligo per gli Stati di prendere, "conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, le misure necessarie ad accrescere la trasparenza della propria pubblica amministrazione, anche per quanto concerne, se del caso, la propria organizzazione ed i propri processi decisionali". Suggestisce, poi, nella seconda parte dell'articolo, agli Stati tre possibili misure e cioè l'adozione di procedure e regolamenti che permettano agli utenti di ottenere informazioni sull'organizzazione, il funzionamento ed i processi decisionali delle amministrazioni; la semplificazione delle procedure amministrative al fine di facilitare l'accesso degli utenti alle autorità decisionali competenti; la pubblicazione di informazioni, comprese eventuali relazioni periodiche sui rischi di corruzione della propria pubblica amministrazione.

<sup>179</sup> Il primo Stato ad avere adottato regole sul diritto di accesso dei cittadini alle informazioni pubbliche è stato la Svezia che ha adottato una normativa nel 1766; la normativa più famosa, però, che ha fatto da apripista a gran parte degli altri Paesi è quella adottata nel 1966 dagli Stati Uniti d'America con l'adozione del *Freedom information act (FOIA)*. Per maggiori riferimenti all'esperienza comparata, R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 198

<sup>180</sup> Il leader socialista Filippo Turati in un famoso discorso alla Camera del 1908 ebbe testualmente ad affermare "dove un superiore interesse non imponga un momentaneo segreto, la dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro".

<sup>181</sup> Il primo riferimento alla trasparenza da parte della Corte Costituzionale sembra potersi far risalire al 1989 e, in particolare, alla sentenza 8 marzo 1989, n. 145 che, decidendo sulla questione di legittimità costituzionale di una norma di una legge regionale della Liguria, richiamava "i principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97, in relazione al principio di trasparenza"; da ultimo C. Cost. 23 gennaio 2019, n. 20 che esplicitamente ha affermato che il principio di trasparenza ha rilievo costituzionale, riferito "non solo, quale corollario del principio democratico (art. 1 Cost), a tutti gli aspetti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento dell'amministrazione (sentenze n. 177 e 69 del 2018, n. 212 del 2017) e ... ai dati che essa possiede e controlla"; a conclusioni analoghe, in dottrina, *ex plurimis*, A. Corrado, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit., 4. La legge costituzionale approvata il 12 aprile 2016 (e pubblicata in Gazzetta ufficiale 15 aprile 2016, n.88) ma non confermata con il referendum del 4 dicembre 2016 aveva introdotto il principio di trasparenza in Costituzione, inserendolo nel comma 2 dell'art. 97 ("I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento, l'imparzialità e la trasparenza dell'amministrazione") e nel comma 1 dell'art. 118 ("le funzioni amministrative sono esercitate in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo criteri di efficienza e responsabilità degli amministratori").

La legge ordinaria, dopo aver sposato per anni l'opposto criterio del segreto di ufficio<sup>182</sup>, solo a partire dagli anni 90 ha aperto ad una maggiore conoscibilità dell'azione amministrativa.

La legge 7 agosto 1990 n. 241 ha riconosciuto, infatti, il diritto di accesso, sia pure ai soli titolari di posizioni qualificate e differenziate e cioè al chi è portatore di un interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.

Nel 2005, con il codice dell'amministrazione digitale (d.lgs 7 marzo n. 82) si è poi avviato, grazie anche alla diffusione sociale di internet, un sistema di pubblicità delle attività istituzionali, prevedendosi l'obbligo per le amministrazioni di dotarsi di siti istituzionali, nei quali immettere informazioni sulle attività svolte<sup>183</sup>.

Negli anni successivi, in modo anche disordinato, si sono aggiunti via via ulteriori obblighi, che, però, per l'estrema frammentarietà delle disposizioni che li recavano, erano rimasti sostanzialmente inosservati<sup>184</sup>.

La legge n. 190 del 2012 ha puntato sulla trasparenza come misura di prevenzione della corruzione e a tal fine ha delegato il governo all'emanazione di un testo unico, una sorta di codice della trasparenza, nel quale far confluire tutte le pregresse disposizioni sugli obblighi di pubblicazione, aggiungendone di ulteriori, ma soprattutto individuando criteri e modalità con cui effettuare la pubblicazione nonché un apparato di regole per garantirne l'osservanza.

Con il poi emanato d.lgs 14 marzo 2013 n. 33 si è quindi avviata la stagione italiana della trasparenza, fondata, in particolare, su obblighi a carico delle amministrazioni di rendere conoscibili una serie di informazioni.

A distanza di poco più di due anni, nell'ambito della più volte già menzionata riforma "Madia" della pubblica amministrazione (l. 7 agosto 2015, n. 124), è stata conferita nuova delega al governo con l'intento da un lato di semplificare e ridurre gli obblighi di pubblicazione e dall'altro di introdurre una ulteriore forma di trasparenza, costituita dall'accesso civico cd generalizzato, costruito sulla falsa riga del sistema nord americano del *Freedom information act* (FOIA).

Il d.lgs 25 maggio 2016, n. 197, attuativo della delega, ha modificato sotto più profili il d.lgs n. 33 del 2013 e ha delineato il modello italiano della trasparenza attualmente vigente, fondato sia su obblighi di

---

<sup>182</sup> L'art. 15 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (il cd testo unico degli impiegati civili dello Stato) nel suo testo originario così prevedeva "L'impiegato deve mantenere il segreto d'ufficio e non può dare a chi non ne abbia diritto, anche se si tratti di atti non segreti, informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti od operazioni amministrative di qualsiasi natura ed a notizie delle quali sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio, quando possa derivarne danno per l'Amministrazione o i terzi"

<sup>183</sup> Nel senso che questa riforma rappresenta il vero snodo nella transizione verso un nuovo modello di trasparenza, E. Carloni, *La casa di vetro e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 806; in termini analoghi, S. Toschei, *La prevenzione della corruzione e la trasparenza nelle amministrazioni pubbliche e negli enti di diritto privato in controllo e in partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, cit., 135

<sup>184</sup> La CIVIT nel 2012 aveva effettuato un monitoraggio sui siti dei ministeri e degli enti pubblici nazionali verificando un tasso di adempimenti ridotto, pari rispettivamente al 58% e al 53%; in questo senso si v. *Rapporto sulla trasparenza nei ministeri e Rapporto sulla trasparenza negli enti nazionali*, Agosto 2012, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)



pubblicità dell'amministrazione (cd *proactive disclosure*) sia sul diritto dei cittadini ad ottenere dalle amministrazioni, dati e documenti, diversi da quelli già oggetto di pubblicazione (cd *reactive disclosure*)<sup>185</sup>.

## 18. segue. Il “modello italiano” della trasparenza

Il sistema italiano della trasparenza, come delineatosi all'esito delle novità innestate dal d.lgs n. 97 del 2016 nel d.lgs n. 33 del 2013, è strutturato, quindi, su un doppio livello.

In primo luogo, una serie di dati e documenti<sup>186</sup>, specificamente individuati dal legislatore (in particolare negli artt. da 12 a 42 del d.lgs n. 33), devono essere resi pubblici dalle amministrazioni, attraverso la loro pubblicazione sul sito istituzionale.

Quest'ultima deve essere effettuata, però, secondo criteri e standard prefissati dal legislatore; in particolare, i dati devono essere pubblicati in modo completo, integro, tempestivo e comprensibile<sup>187</sup> ed inseriti in una parte ben individuata del sito, denominata “amministrazione trasparente”<sup>188</sup>, distinta in sottosezioni intitolate, in cui i dati vengono inseriti secondo criteri normativi prefissati, in modo da renderli il più possibile omogenei e facilmente fruibili dagli utenti<sup>189</sup>.

I dati, inoltre, vanno pubblicati in formato aperto (*open data*) e devono poter essere ricercati mediante motori di ricerca e liberamente utilizzati e riutilizzati<sup>190</sup>; essi vanno tenuti sul sito per 5 anni, al termine dei quali resteranno comunque conoscibili mediante richiesta di accesso civico<sup>191</sup>.

---

<sup>185</sup> Il d.lgs n. 97 del 2016 si innesta nel corpo del previgente d.lgs n. 33 del 2013, modificandone anche il titolo (quello vigente “Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”) e la distinzione in capi, in particolare, triplicando il capo I; accanto, infatti, ai “principi generali” (capo I), ora si annovera il “diritto di accesso a dati e documenti” (capo I bis) e la “pubblicazione dei dati, delle informazioni e dei documenti” (capo I ter).

<sup>186</sup> L'art. 2 del d.lgs n. 33 del 2013 identifica l'oggetto della disciplina, e cioè “la libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti”, ammettendo, quindi, l'accesso non solo a quelle informazioni contenute in un supporto fisico (i “documenti”) ma anche a quelle che, pur nella disponibilità dell'amministrazione, non siano invece contenute in alcun supporto (e cioè i “dati”).

<sup>187</sup> L'art. 6 del d.lgs n. 33, rubricato “qualità delle informazioni”, fornisce alle amministrazioni una serie di raccomandazioni sulla qualità delle informazioni ostensibili (devono assicurare “l'integrità, il costante aggiornamento, la completezza, la tempestività, la semplicità di consultazione, la comprensibilità, la facile accessibilità, nonché la conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, l'indicazione della loro provenienza e la loro riutilizzabilità”), stabilendo, nel contempo, che l'obiettivo di assicurare un standard ottimale non può costituire ragione giustificativa per ritardi o omissioni nella pubblicazione medesima.

<sup>188</sup> L'art. 9 del d.lgs n. 33 prevede che ogni amministrazione sia tenuta a creare una apposita sezione del proprio sito istituzionale, denominata “amministrazione trasparente”, collocata nella *home page* e raggiungibile attraverso i motori di ricerca, vietandosi, di conseguenza, alle amministrazioni di poter disporre filtri ed altre soluzioni che impediscano ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche.

<sup>189</sup> La pubblicazione deve avvenire, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.lgs in conformità alle specifiche e alle regole tecniche, indicate in un allegato al medesimo, il cd allegato A; quest'ultimo contiene una tabella che individua le singole sottosezioni, che possono essere I o II livello, con l'indicazione degli articoli del decreto n. 33, che consentono specificamente di comprendere quali dati ed informazioni inserire.

<sup>190</sup> L'art. 7 bis del d.lgs n. 33 prevede specifici limiti al riutilizzo e specifici divieti di pubblicazione che riguardano alcuni dati; per maggiori riferimenti, si rinvia a R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, 225.

<sup>191</sup> L'art. 8 del d.lgs n. 33 si occupa specificamente della “decorrenza e durata dell'obbligo di pubblicazione”; nella sua formulazione originaria prima dell'intervento di modifica da parte del d.lgs n. 97 si prevedeva che i dati alla scadenza dei 5 anni fossero comunque contenuti in una sezione Archivio e quindi consultabili da tutti; su indicazione anche del Garante della privacy, in funzione di garantire il “diritto all'oblio”, si è modificata la disposizione nel senso indicato nel testo; sull'argomento,

In funzione di garantire l'obbligatorietà della pubblicazione, il d.lgs n. 33 prevede un complesso ed articolato meccanismo di vigilanza, che va da una forma di controllo civico da parte di ogni cittadino (l'accesso civico cd semplice)<sup>192</sup>, alla vigilanza effettuata dal RPC<sup>193</sup>, cui spetta il potere di rilevare e segnalare omesse pubblicazioni, anche a fini disciplinari e dall'ANAC, che può effettuare attività ispettive e di accertamento, ordinare alle amministrazioni di inserire le informazioni mancanti e, sia pure in casi specifici, irrogare sanzioni amministrative di natura pecuniaria a coloro che non hanno rispettato gli obblighi<sup>194</sup>.

Per tutti i dati ed i documenti detenuti dalle amministrazioni, diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali vige l'obbligo di pubblicazione, è, invece, riconosciuto, a seguito delle novità recate dal d.lgs n. 97 del 2016, il diritto di accesso civico cd generalizzato<sup>195</sup>.

Esso consente a chiunque, a prescindere dall'esistenza di un interesse e senza indicare una motivazione, di visionare i dati e i documenti e di estrarne copia, gratuitamente, salvo il rimborso delle sole spese vive.

---

D. Marongiu, *Qualità, durata e modalità di erogazione della pubblicazione*, in AA.VV., *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, a cura di B. Ponti, Santarcangelo di Romagna, 2016, 223.

<sup>192</sup> L'accesso civico cd "semplice" (per distinguerlo dall'altro cd "generalizzato"; v. *infra*) era già previsto nel testo originario dell'art. 5 del d.lgs. n. 33 e consiste nel diritto di chiunque di richiedere alle amministrazioni le informazioni, i documenti o i dati per i quali era previsto un obbligo di pubblicazione, rimasto inelastico; esso è stato costruito come una sorta di diritto riflesso rispetto agli obblighi di pubblicazione posti in capo alle amministrazioni ed assurge, di conseguenza, ad un mezzo di controllo sociale delle decisioni pubbliche, assimilabile in qualche modo all'azione popolare. L'istanza di accesso va inoltrata al RPC senza alcuna motivazione e questi entro 30 giorni può rigettarla, con provvedimento motivato, solo se le informazioni non erano obbligatoriamente pubblicabili; in caso contrario provvede tempestivamente a pubblicare i dati sul proprio sito istituzionale indicando al richiedente il relativo collegamento ipertestuale; contro l'eventuale diniego, l'istante può proporre ricorso al giudice amministrativo, utilizzando il rito speciale di cui all'art. 116 CPA.; sulla natura e funzione dell'accesso civico, T. Valerio, *Il diritto di accesso civico come azione popolare*, in *Dir. amm.* 2013, 791.

<sup>193</sup> Il d.lgs n. 33 aveva previsto che ogni amministrazione dovesse individuare un Responsabile della trasparenza (RT) e che questo incarico potesse essere attribuito anche al Responsabile della prevenzione della corruzione (RPC); dopo le modifiche recate dal d.lgs n. 97, con l'eliminazione dell'autonomia del programma della trasparenza, malgrado la norma che si occupa del RT (art. 43, comma 1) non sia mutata, si ritiene ormai essere la regola la coincidenza ed un'eccezione l'individuazione in capo ad altro soggetto dei compiti di RT; così, L. Berionni, *Organizzazione ed attuazione della trasparenza; il responsabile per la trasparenza, gli OIV e l'invarianza finanziaria*, in AA.VV., *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, cit., 467.

<sup>194</sup> In particolare, i poteri di vigilanza del RPC e dell'ANAC sono rispettivamente individuati negli artt. 43 e 45 del d.lgs n.33; quelli sanzionatori, che comportano una sanzione pecuniaria a carico dei responsabili da 500 a 10.000 euro, sono previsti nell'art. 47 del d.lgs; per maggiori riferimenti, R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, cit., 247.

<sup>195</sup> L'accesso civico generalizzato è previsto nel comma 2 dell'art. 5 del d.lgs n. 33, quindi subito dopo l'altro accesso civico, del quale condivide la denominazione con il rischio di ingenerare confusioni; così, G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia. L'arte di rendere complesse le cose semplici*, in *Federalismi.it*, 1, 2017, 7. Nel linguaggio dei pratici si sono poi aggiunti gli aggettivi "semplice" e "generalizzato" per distinguere le due forme di accesso civico e usato l'aggettivo "documentale", per indicare l'accesso previsto dalla l. n. 241 del 1990 che resta ancora in vigore; questi aggettivi poi sono stati utilizzati nelle linee guida ANAC (delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016) nonché nella Circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione del 30 maggio 2017, n. 2 avente ad oggetto "Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (cd Foia)" e dalla Circolare del Ministro per la Pubblica amministrazione, n. 1 del 2019 pure avente ad oggetto "attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato (c.d FOIA)"; in dottrina, per l'utilizzo di analogo terminologia, *ex plurimis*, A. Corrado, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, cit., 139 e 155 e con riferimento all' utilizzo dell'acronimo FOIA per indicare l'accesso generalizzato, a titolo esemplificativo, M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn dir. amm.* 2016, 595

L'amministrazione che ha ricevuto l'istanza<sup>196</sup> è tenuta a rispondere, con atto motivato, entro trenta giorni<sup>197</sup>, dandone comunicazione anche agli eventuali controinteressati, e può respingere la richiesta solo qualora ricorrano i limiti e le eccezioni espressamente previsti dalla legge, funzionali a tutelare interessi pubblici o privati ritenuti prevalenti rispetto all'esigenza di conoscenza generalizzata<sup>198</sup>.

A tutela del diritto di accesso non è previsto un sistema di vigilanza analogo a quello istituito a presidio degli obblighi di pubblicità<sup>199</sup> ma è consentito alla sola parte richiedente di richiedere il riesame del provvedimento al RPC e/o di proporre ricorso giurisdizionale<sup>200</sup>.

Quanto agli enti obbligati ad applicare le norme sulla trasparenza, per individuarli sono stati necessari ben tre interventi legislativi, in poco più di tre anni.

L'art. 11 dell'originario d.lgs n. 33 del 2013, prevedeva, nei suoi tre commi, tre regimi differenziati; le "pubbliche amministrazioni" (quelle di cui al già citato comma 2 dell'art. 1 del d.lgs n. 165 del 2001) erano le (uniche) destinatarie della disciplina del decreto; le società partecipate e controllate dalle

---

<sup>196</sup> L'inoltro dell'istanza può avvenire anche per via telematica ed a una pluralità di uffici: a quello che detiene i documenti, all'Ufficio relazioni con il pubblico o ad altro indicato nella sezione "Amministrazione Trasparente", ma non al RPC cui è attribuito un ruolo di controllo. L'istanza non motivata deve identificare i dati, le informazioni o i documenti richiesti e, pur in assenza di esplicite indicazioni, si considera inammissibile quando abbia carattere meramente esplorativo, volta cioè a scoprire di quali informazioni l'amministrazione disponga, o "massivo", di un numero cioè manifestamente irragionevole di documenti che impongono un carico di lavoro tale da ostacolare il buon funzionamento dell'amministrazione; così, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 ottobre 2017 n. 1951

<sup>197</sup> Il provvedimento conclusivo è obbligatorio e non è contemplata l'ipotesi del "silenzio-rigetto", prevista, invece, per l'accesso cd documentale di cui alla l. n. 241 del 1990

<sup>198</sup> L'art. 5 bis del d.lgs n. 33 individua le esclusioni e i limiti all'accesso civico generalizzato, rinviando ad un atto regolatorio (linee guida) dell'ANAC, da adottarsi di concerto con il Garante privacy, il compito della "definizione delle esclusioni e dei limiti" all'accesso medesimo. La norma prevede due tipologie di eccezioni, quelle assolute (comma 3) e quelle relative (comma 1 e 2); ricorrendo le prime l'accesso va rifiutato *tout court*, in presenza delle seconde, invece, l'amministrazione deve operare una valutazione, all'esito della quale può (anche) non accogliere l'istanza se l'ostensione degli atti può cagionare un danno agli interessi tutelati. Le eccezioni assolute sono inquadrabili, per comodità espositiva, in tre tipologie; il segreto di Stato, i divieti di accesso o di divulgazione previsti dalla legge e, infine, i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990. Le eccezioni relative, invece, sono previste dai commi 1 e 2 e sono poste rispettivamente a tutela di interessi pubblici e di interessi privati. Il comma 1 fa riferimento, in particolare alla sicurezza pubblica, alla sicurezza nazionale, alla difesa e questioni militari, alle relazioni internazionali, alla politica e alla stabilità finanziaria ed economica dello Stato, alla conduzione di indagini sui reati e al loro perseguimento e, infine, al regolare svolgimento di attività ispettive; il comma 2, invece, richiama quali interessi privati, la protezione dei dati personali, in conformità alla disciplina in materia, la libertà e la segretezza della corrispondenza e gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali. Le linee guida previste dalla norma sono state emanate con Delibera ANAC, 28 dicembre 2016, n. 1309, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) e ad esse si rinvia per maggiori riferimenti anche sul significato dei singoli limiti ed eccezioni.

<sup>199</sup> L'art. 7, comma 1, lett. h), della l. n. 124 del 2015, aveva indicato quali criteri direttivi al governo la previsione sia di "sanzioni a carico delle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni normative in materia di accesso" sia "di procedure di ricorso all'Autorità nazionale anticorruzione in materia di accesso civico". Entrambi i criteri sono, però, rimasti sostanzialmente inattuati; sulle ragioni di tale mancata attuazione, S. Toschei, *La prevenzione della corruzione e la trasparenza nelle amministrazioni pubbliche e negli enti di diritto privato in controllo e in partecipazione pubblica*, in 196

<sup>200</sup> L'art. 5 bis del d.lgs n. 33 consente all'istante a cui è stato negato in tutto o in parte l'accesso o a cui non è stata data risposta nei termini la facoltà di richiedere il riesame della decisione al RPC dell'amministrazione, il quale deve decidere, con provvedimento motivato, entro 20 giorni. Qualora si tratti di atti di amministrazioni regionali o locali, è possibile anche presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, il quale pure deve pronunciarsi entro 30 giorni. Se l'accesso è stato negato o differito dall'amministrazione per ragioni di tutela dei dati personali, sia il RPC che il difensore civico provvedono solo dopo aver sentito il Garante privacy, che deve pronunciarsi entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione. L'istante (o anche il controinteressato in caso di accoglimento) può presentare ricorso al giudice amministrativo sia direttamente contro le statuizioni dell'amministrazioni che contro quelle del RPC o del difensore civico e beneficiare del rito speciale, particolarmente rapido, di cui all'art. 116 del CPA

amministrazioni pubbliche dovevano sottostare ad un regime semplificato di trasparenza, non contenuto nel d.lgs ma enucleabile dalla l. n. 190 del 2012 (in particolare dai commi da 15 a 33 dell'art. 1), sia pure "limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea"; le autorità indipendenti, di garanzia, vigilanza e regolazione adattavano la disciplina del d.lgs "secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti".

La regolamentazione, farraginoso e di non facile declinazione, veniva integralmente riscritta con il decreto "Madaia" (art. 24 bis d.l. n. 90 del 2014), mantenendo comunque tre regimi differenziati

Le pubbliche amministrazioni, le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione ed una serie di ulteriori enti<sup>201</sup> erano sottoposti agli obblighi del d.lgs n. 33;

le stesse regole valevano anche per gli enti di diritto privato in controllo pubblico<sup>202</sup> ma "limitatamente alle attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale e dell'Unione europea"; per le società partecipate in modo non maggioritario dalle amministrazioni vigeva, invece, il regime semplificato, enucleabile dalla l. n. 190.

Con la più volte citata l. n. 124 del 2015, nella delega al governo destinata a modificare il d.lgs n. 33, era contenuto un criterio direttivo per intervenire nuovamente in materia - art. 7 comma 1, lett. a) - e rendere coerente la disciplina con quella delle società pubbliche che contestualmente, con altra delega (art. 18), si intendeva riformare.

Il d.lgs n. 97 posiziona coerentemente nel capo I, fra i principi generali, la nuova norma (art. 2 bis) sull' "ambito soggettivo di applicazione", contestualmente abrogando l'art. 11 e distingue (ancora) in tre categorie gli obbligati alla trasparenza.

Le pubbliche amministrazioni, come individuate all'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001, le autorità portuali e le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione devono sottostare integralmente alla normativa del decreto n. 33.

Gli enti pubblici economici, gli ordini professionali, le società in controllo pubblico - come definite dall'art. 2, comma 1, lettera m) del d.lgs n. 175 del 2016 - escluse le società quotate ed un'altra serie di enti formalmente privati<sup>203</sup> applicano la stessa disciplina, ma nei limiti della "compatibilità".

---

<sup>201</sup> Ci si riferisce agli enti non territoriali nazionali, regionali e locali, comunque denominati, istituiti, vigilati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico ovvero i cui amministratori siano da questa nominati

<sup>202</sup> La norma indicava in particolare "le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciute alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi".

<sup>203</sup> Si tratta, in particolare, delle associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario, per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni

Le società in partecipazione pubblica (come definite dal d.lg. n. 175 del 2016), le associazioni, le fondazioni e altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica<sup>204</sup> attuano le regole del d.lgs n. 33, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti l'attività di pubblico interesse espletata, disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea ed "in quanto compatibile"<sup>205</sup>.

## 20. segue. – Il regime applicabile alle società pubbliche.

Con la riforma del 2016 si è indiscutibilmente fatto un passo in avanti in termini di chiarezza sugli obblighi che gravano sulle società pubbliche.

E' da rimarcare, in questo senso, positivamente il coordinamento della normativa in materia di trasparenza - come già avvenuto con riferimento ai Piani di prevenzione - con il testo unico delle società pubbliche; le definizioni di società controllate e di quelle solo partecipate sono opportunamente allineate a quelle contenute nel testo unico<sup>206</sup>.

Il coordinamento, anzi, in questo caso è stato persino "bilaterale"; nel d.lgs n. 175 del 2016, infatti, viene esplicitamente confermata - anche per evitare eventuali equivoci - l'applicazione della disciplina della trasparenza prevista nel d.lgs n. 33 del 2013 (art. 22)<sup>207</sup> e, nell'introdurre ulteriori obblighi di pubblicità, si è coerentemente esteso ad essi il regime sanzionatorio del d.lgs n. 33 (art. 19, comma 3)<sup>208</sup>.

La modifica del 2016 ha inoltre opportunamente graduato gli obblighi di trasparenza a seconda della diversa connotazione pubblicistica dei singoli enti<sup>209</sup>; per le società controllate, oggettivamente operanti in stretta sinergia con le amministrazioni, si sono imposti oneri non molto diversi da quelli delle amministrazioni medesime; limitati e settoriali, invece, sono quelli stabiliti per le partecipate.

---

<sup>204</sup> Si tratta, in particolare, degli enti privati con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici

<sup>205</sup> Non vengono, però, meno tutte le incertezze; permangono, infatti, dubbi per le università non statali e per enti che hanno origine privata e sono poi divenuti pubblici (come le IPAB) mentre sembrano doversi escludere dall'applicazione della normativa gli organi costituzionali e quelli di rilievo costituzionale; in argomento, F. Giglioni, *I soggetti obbligati alla disciplina della trasparenza*, in AA.VV., *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, cit., 77.

<sup>206</sup> Il d.lgs 19 agosto 2016, n. 175 è stato emanato in un momento successivo all'entrata in vigore del d.lgs n. 97 del 2016 e quindi in quest'ultimo non erano ancora contenuti i riferimenti al T.U; i "raccordi formali" sono successivamente stati effettuati dal d.lgs 16 giugno 2017, n. 100, in quanto in una prima fase il d.lgs n. 97 conteneva rinvii ad un decreto non ancora emesso ma in corso di emissione ("al decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della l. 7 agosto 2015").

<sup>207</sup> Il comma unico dell'art. 22 del d.lgs n. 176 del 2016, rubricato "trasparenza" espressamente stabilisce: Le società a controllo pubblico assicurano il massimo livello di trasparenza sull'uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti, secondo le previsioni del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33"; sull'importanza del rinvio, in quanto certifica la centralità del d.lgs n. 33, V. Sarcone, *Prevenzione della corruzione e trasparenza nelle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, cit., 925.

<sup>208</sup> L'art. 19 del d.lgs 175 del 2016 (rubricato "gestione del personale") al suo comma 3, stabilisce: "i provvedimenti di cui al comma 2 sono pubblicati sul sito istituzionale della società, in caso di mancata o incompleta pubblicazione si applicano gli articoli 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33". Il comma 2, a sua volta, prevede l'obbligo per le società dell'adozione di criteri e modalità per il reclutamento del personale.

<sup>209</sup> In termini, A. Corrado, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Napoli, 2018, 27; in senso parzialmente critico rispetto alla scelta del legislatore, F. Giglioni, *I soggetti obbligati alla disciplina della trasparenza*, cit., 88 secondo cui l'opportuna semplificazione recata dalla norma esclude, però, dai soggetti obbligati una serie di enti a prescindere da qualsiasi valutazione sul rilievo delle attività pubbliche che sono chiamati concretamente a svolgere.

La disciplina resta, invece, ambigua sulle quotate; esse sono esplicitamente escluse dal regime di maggiore trasparenza previsto dal comma 2 dell'art. 2 bis del d.lgs n. 33, anche se in controllo pubblico, ma, non essendovi la medesima esclusione nel comma 3, potrebbero essere, invece, ritenute sottoposte alle regole di trasparenza delle partecipate, in quanto comunque rientrano in quest'ultima tipologia societaria<sup>210</sup>.

Accanto agli indiscussi meriti, la disciplina, così come già avvenuto per i piani di prevenzione, evidenza, però, gli aspetti maggiormente problematici quanto alla declinazione degli specifici obblighi.

Il legislatore non si è, infatti, preoccupato di calare in modo mirato le regole sulle società pubbliche ma sbrigativamente si è limitato a sancire l'estensione di quelle che valgono per le pubbliche amministrazioni con l'unico filtro della "compatibilità" per le controllate ("la medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni .. si applica .. in quanto compatibile", così comma 2 dell'art. 2 bis del d.lgs n. 33) a cui ne ha aggiunto uno ulteriore per le partecipate ("la medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni .. si applica in quanto compatibile, limitatamente ai dati e documenti inerenti l'attività di pubblico interesse espletata, disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea ..", così, comma 3 del medesimo art. 2 bis). Criteri entrambi alquanto indeterminati che finiscono per lasciare agli operatori pratici l'onere di stabilire il *quomodo* dell'applicazione della normativa.

Così come avvenuto per le regole sui piani, l'ANAC, con le già più volte citate linee guida del 2017 dedicate alle società pubbliche, ha provato a supplire alle carenze della legislazione primaria, fornendo un utile vademecum interpretativo<sup>211</sup>.

L'atto regolatorio, in premessa, opportunamente individua quali siano gli obblighi gravanti sulle società; la trasparenza, in particolare, impone loro, così come alle amministrazioni pubbliche, sia la pubblicazione di dati ed informazioni sia l'accesso civico generalizzato (par. 1.2).

Quanto, invece, al significato della ambigua parola "compatibilità", l'Autorità si mostra consapevole di una duplice alternativa - intenderla, cioè, come richiedente una verifica di applicabilità delle regole caso per caso

---

<sup>210</sup> Per la tesi dell'applicabilità delle regole previste dal comma 3 del nuovo articolo 2 bis si era pronunciata l'ANAC nel primo testo dell'"*Aggiornamento delle linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*" (di cui si dirà più avanti) approvate "in prima lettura" e pubblicate sul sito dell'Autorità il 27 marzo 2017, in attesa del parere del Consiglio di Stato; nel testo definitivo (approvato con delibera dell'8 novembre 2017, n. 1134, cit), però, questa opzione è stata abbandonata in quanto si è ritenuto opportuno rinviare la decisione definitiva all'esito di un confronto con la CONSOB, in tal modo raccogliendo l'invito che era venuto da Cons. Stato, sezione normativa, commissione speciale 20 aprile 2017 n. 650 (punto 10), che pur non esprimendosi in modo definitivo sulla interpretazione preferibile, ha testualmente evidenziato che "sarebbe opportuno che si desse conto di aver affrontato il problema della compatibilità tra l'applicazione degli obblighi e la disciplina di settore che vede l'intervento dominante della CONSOB in ragione delle sue specifiche competenze funzionali"; per la tesi dell'esonero da ogni forma di trasparenza amministrativa per le quotate ci si era pronunciati, sia pure in modo critico, in altro scritto, in particolare R. Cantone, *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche alla luce del d.lgs 175/2016*, in AA.VV., *L'impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini*, Milano, 2017, 48.

<sup>211</sup> Ci si riferisce alle linee guida adottate con delibera n. 1134 dell'8 novembre 2017, cit; esse vanno considerate, in materia, come un atto di *soft regulation* (e quindi con un limitato valore vincolante; v. *supra*), non essendovi una specifica delega del legislatore e non potendo ritenerle ricomprese nell'esercizio dei "poteri di indirizzo", previsti dal PNA. Va, però, segnalato che in materia di trasparenza, il d.lgs n. 33 comunque consente all'ANAC l'emanazione di atti di regolazione su molti aspetti della disciplina (v. artt. 3, 8 e 48), alcuni dei quali persino con possibilità di derogare alle norme primarie.

o, al contrario, riferirla più che al singolo adempimento all'attività istituzionale della società - e sposa quest'ultima opzione, perchè garantisce minore incertezza.

Il criterio del "caso per caso" si sarebbe prestato, infatti, ad applicazioni soggettive e diversificate; il riferimento all'attività svolta consente, invece, di individuare una distinzione maggiormente oggettiva.

In questa prospettiva - secondo l'ANAC - gli obblighi di trasparenza scattano con riferimento ai soli compiti esercitati nell'ambito di funzioni di pubblico interesse; sono, invece, esentate tutte quelle attività svolte *iure privatorum*, sul mercato, secondo criteri concorrenziali (par. 2.5).

L'ulteriore limite riguardante le partecipate (quello delle "attività di interesse pubblico") pur nella sua indeterminatezza, può, però, essere ricostruito partendo e sviluppando le indicazioni recate dall'ultima parte del medesimo comma 3 dell'art. 2 bis del d.lgs n. 33.

Sono tali, in questo senso, l'esercizio di funzioni amministrative (e cioè le attività istruttorie in procedimenti di competenza dell'amministrazione affidante, le funzioni di certificazione, di accreditamento, di accertamento, il rilascio di autorizzazione o concessioni, le espropriazioni per pubblica utilità affidate), quelle di gestione di pubblici servizi (intendendo quei servizi resi al cittadino sulla base di un affidamento da parte dell'amministrazione), quelle di produzione di beni e servizi a favore dell'amministrazione strumentali al perseguimento delle proprie finalità istituzionali (ad esempio, i servizi di raccolta dati, i servizi editoriali nell'interesse dell'amministrazione) nonché tutte quelle attività riconducibili a finalità istituzionali delle amministrazioni affidanti che vengono fatte espletare alle società, in virtù di scelte organizzative di esternalizzazione dei servizi (par. 2.4).

Le linee guida non si limitano alla sola interpretazione di questi aspetti più generali ma opportunamente dedicano una loro parte alle modalità con cui vanno in concreto adempiuti gli obblighi sia da parte delle società controllate che da quelle partecipate.

Cominciando dalle controllate (par. 3.1.3), esse, essendo sostanzialmente equiparate alle amministrazioni pubbliche, devono dotarsi di un'apposita sezione del proprio sito dedicata ai dati da pubblicare in funzione del celere reperimento.

Il d.lgs n. 33, all'art. 9, indica il nome di questa sezione come "amministrazione trasparente", espressione che l'ANAC suggerisce di sostituire con quella più appropriata di "società trasparente".

Quanto ai dati da inserire, la connotazione pubblicistica particolarmente intensa delle controllate impone che vadano inseriti nel sito tutti quelli enumerati nel d.lgs n. 33 (ed in particolare dagli artt. 13 a 44) che riguardano sia l'organizzazione che l'attività, anche se vanno ricalibrati, tenendo conto delle peculiarità della struttura e dell'azione di un ente che è comunque, dal punto di vista esteriore, una società di diritto privato.

Le linee guida, in questo senso, mutuando l'esperienza utilizzata dal d.lgs n. 33 - e cioè la previsione di un allegato (allegato A), che enumera gli obblighi indicando in quale sottosezione del sito posizionarli - prevedono a loro volta un autonomo allegato (Allegato 1), con la stessa funzione, individuando le sottosezioni della sezione "società trasparente", la denominazione di esse e, soprattutto, il contenuto

Quanto, invece, all'accesso civico generalizzato, l'atto regolatorio si limita (par. 3.1.4) a richiamare l'attenzione su alcuni dei limiti previsti dall'art. 5 bis del d.lgs n. 33 che appaiono particolarmente calzanti per organi che si muovono nell'ambito privato, in particolare quelli relativi agli "interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali".

Molto più limitate sono, infine, le indicazioni per le società partecipate (par. 3.3.3), in linea con la norma del comma 3 dell'art. 2 bis del d.lgs n. 33 che impone loro oneri parziali di trasparenza.

Queste ultime non devono istituire una sezione ad *hoc* del sito e sono quindi libere nell'organizzazione e nell'individuazione di come e dove pubblicare i dati, con un unico obbligo; informare gli utenti delle modalità prescelte nel modello di *compliance* ex art. 6 del d.lgs n. 231 del 2001, in modo da consentire ad essi di individuare i dati.

I dati da pubblicare non devono concernere l'organizzazione della società, ma solo l'attività di pubblico interesse e questo stesso limite si impone anche per l'accesso civico generalizzato (par. 3.3.4), fermo restando l'auspicio di un'estensione volontaria degli ambiti della trasparenza, in funzione di garantire il massimo livello di *accountability* della *governance*.

Nessuna prescrizione particolare le linee guida dettano, invece, per la vigilanza sulle delle regole della trasparenza da parte delle società pubbliche.

Le norme riferite alle amministrazioni dono ritenersi estensibile al caso in esame; i poteri di vigilanza e controllo gravano sul RPC e sull'ANAC, cui spetta anche la possibilità anche di irrogare, nei casi specifici previsti, le sanzioni pecuniarie<sup>212</sup>.

## 21. Conclusioni.

La compiuta disamina rende evidente come le società pubbliche siano entrate a pieno titolo nel perimetro soggettivo della normativa anticorruzione.

Un risultato, quello raggiunto sul punto, certamente coerente con l'impianto complessivo del sistema di prevenzione, ma decisamente insoddisfacente sotto altri e non meno rilevanti aspetti.

In primo luogo, come si è già evidenziato, i singoli istituti della prevenzione si muovono in ordine sparso su quali tipologie di società pubbliche debbano adempiere agli obblighi normativi.

A mero titolo esemplificativo, come si è già ricordato, quelle assoggettate alle regole del *pantouflage* non coincidono con quelle tenute ad adottare i piani di prevenzione o onerate alla trasparenza.

---

<sup>212</sup> In termini analoghi, V. Sarcone, *Prevenzione della corruzione e trasparenza nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 941; l'ANAC in virtù del rinvio da parte dell'art. 19 del d.lgs n. 175 del 2016 all'art. 47 del d.lgs n. 33 è competente ad irrogare anche le sanzioni connesse agli obblighi di trasparenza introdotti dal testo unico.



Va dato atto che l'intervento riformatore del 2016 ha provveduto ad un opportuno coordinamento, riferito alla sola disciplina dei piani di prevenzione e della trasparenza, anche con l'impianto complessivo della riforma delle società pubbliche, contenuta nel nuovo testo unico (d.lgs n. 175 del 2016).

Ha potuto farlo, però, perché le materie in questione erano oggetto della medesima delega del parlamento al governo, recata dalla l. n. 124 del 2015.

Nessuna incidenza, invece, ha potuto spiegare sugli altri istituti, rimasti estranei ai criteri direttivi della delega<sup>213</sup>.

Apparentemente inspiegabile - se non ricorrendo alla giustificazione dell'imprecisione delle norme adottate in fretta, in limine ad una legislatura - è, invece, il mancato allineamento previsto da una legge emanata successivamente alla riforma del 2016 - la l. n. 197 del 2017, sul *whistleblowing* - che, quindi, non poteva non essere consapevole delle novità introdotte.

Il secondo punto dolente riguarda, poi, la declinazione delle regole anticorruzione alle società; come si è evidenziato più volte nella trattazione dei singoli presidi, il legislatore vi ha provveduto o genericamente estendo l'applicazione delle disposizioni nate per le amministrazioni pubbliche o limitandosi ad introdurre parametri tanto vaghi - quale quello della compatibilità - da risultare in concreto poco utili.

L'attività di supplenza svolta dall'ANAC sul punto è stata certamente preziosa, per consentire comunque alle società di far fronte ai loro doveri, ma spesso ha reso necessarie vere e proprie operazioni di interpretazione pretoria, se non *contra quantumo preter legem*.

Le società pubbliche, da quanto emerso da un monitoraggio effettuato per gli anni 2016/2017 dall'università Vanvitelli di Caserta in collaborazione con l'ANAC<sup>214</sup>, sembrano comunque avere adempiuto abbastanza diligentemente - pur fra non poche difficoltà e spesso con una logica formale e burocratica - ai doveri loro imposti, ma è evidente che la normativa richieda un indispensabile tagliando. E' certamente condivisibile che le società pubbliche siano chiamate ad operare, quando si occupano di questioni di interesse pubblico, con gli stessi criteri di trasparenza e correttezza delle amministrazioni (*ubi commoda, ibi incommoda*) e debbano quindi adottare le misure che sterilizzano i rischi di corruzione<sup>215</sup>, ma è necessario che il legislatore individui in modo chiaro ed uniforme quali di esse siano tenute (e cioè, tutte quelle che operano in stretta connessione con gli enti pubblici, come le controllate) e che soprattutto detti per esse regole specifiche, calate sulla loro struttura.

L'auspicio è, in conclusione, la creazione di un sottosistema dedicato alle società pubbliche, con una sua autonomia, sia pure nell'ambito del più vasto sistema della prevenzione della corruzione.

---

<sup>213</sup> In senso critico nei confronti del legislatore, per l'occasione non colta con i decreti legislativi del 2016, V. Sarcone, *Prevenzione della corruzione e trasparenza nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 947

<sup>214</sup> Ci si riferisce al *Rapporto relativo all'attuazione della disciplina in materia di anticorruzione e trasparenza delle società in controllo pubblico*, anno 2016/2017, condotta dal "Gruppo di ricerca - azione sulla legalità e l'etica nell'azione pubblica e nell'attività di impresa" (GRALE), del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli, finanziata dall'omonimo spin off universitario.

<sup>215</sup> A conclusioni analoghe, F. Cerioni, *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariale*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, cit., 954



## Misure di prevenzione personale e libertà di movimento

a cura di **Prof.ssa Nicoletta Parisi<sup>1</sup>** e **Prof. Dino Rinoldi<sup>2</sup>**

### ABSTRACT

Il contributo si propone di inquadrare l'approccio che l'ordinamento italiano ha nei confronti della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza. Seguirà una analisi dell'evoluzione legislativa della materia nel nostro ordinamento e lo studio di un caso portato all'attenzione della Corte europea: caso de Tommaso c. Italia del 23 febbraio 2017 e il conseguente approccio della Corte stessa alla materia in oggetto.

**Parole chiave:** caso de Tommaso c. Italia, misure di prevenzione personali, misure di prevenzione patrimoniali, CEDU

**Sommario:** 1. Le misure di prevenzione nella giurisprudenza della Corte europea. – 1.1. Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nell'evoluzione legislativa italiana. - 2. Il caso de Tommaso c. Italia. La fattispecie concreta e i motivi del ricorso. – 2.1. Le questioni di diritto oggetto del ricorso. – 2.2. La questione della illegittima limitazione della libertà di movimento (articolo 2 del Protocollo n. 4). L'approccio generale della Corte europea al tema. – 2.2.1. L'applicazione al caso di specie. – 2.3. La violazione del diritto a un'udienza pubblica (articolo 6, par. 1, CEDU). – 2.4. La non violazione del diritto a un rimedio efficace (art. 13 CEDU). – 2.5. Il diritto a un'equa soddisfazione (articolo 41 CEDU) e al rimborso delle spese processuali. – 3. Le ricadute della sentenza nell'ordinamento italiano. – 3.1. L'impatto sul caso di specie. – 3.2. L'esigenza di sanare l'antinomia fra Convenzione europea e Codice

---

<sup>1</sup> Nicoletta Parisi è Componente del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Docente presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore.

Lo scritto è destinato al volume curato da A. Di Stasi, *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano (2016-2020)*, Cedam-Kluwer, 2020.

<sup>2</sup> Dino Rinoldi è Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea – Università Cattolica del Sacro Cuore. Sebbene il contributo sia frutto di un impegno congiunto, è specificamente attribuito a D.R. il par. 2.

antimafia. In particolare: la soluzione ermeneutica. – 3.3. (segue) L'accertamento della illegittimità costituzionale di parte della normativa sulle misure preventive personali. – 4. Le prospettive future.

## 1. Le misure di prevenzione nella giurisprudenza della Corte europea

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata delle misure di prevenzione vigenti nell'ordinamento italiano in molte occasioni, con riguardo tanto a quelle personali<sup>3</sup> che a quelle patrimoniali<sup>4</sup>.

La sentenza nel caso *de Tommaso c. Italia* del 23 febbraio 2017<sup>5</sup> si inserisce nella prima fattispecie, dal momento che il ricorrente – come più a lungo si dirà<sup>6</sup> – lamentava la violazione di propri diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione di salvaguardia<sup>7</sup> a seguito dell'applicazione nei suoi confronti della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con l'obbligo di soggiorno nel Comune di residenza.

In via del tutto preliminare pare anzitutto opportuno inquadrare l'approccio che l'ordinamento italiano ha nei confronti delle suddette misure, indipendentemente dalla soluzione che è stata data dalla Corte europea al caso implicato e agli effetti di ricaduta sul piano della loro applicazione a seguito della sentenza. A questi due temi si darà attenzione in un secondo tempo<sup>8</sup>.

### 1.1 Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nell'evoluzione legislativa italiana

Come ha ben scritto la Corte costituzionale «le misure di prevenzione personali accompagnano la storia dell'ordinamento italiano sin dalla sua nascita»; ma nonostante questa longevità «il loro preciso statuto costituzionale, rimasto incerto nei primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, non cessa ancor oggi di ingenerare controversie»<sup>9</sup>: controversie che hanno determinato non

---

<sup>3</sup> A titolo meramente esemplificativo si ricordano le seguenti sentenze: 6 novembre 1980, ricorso n. 7367/76, *Guzzardi c. Italia*; 22 febbraio 1989, ricorso n. 11152/84, *Ciulla c. Italia*; 22 febbraio 1994, ricorso n. 11152/84, *Raimondo c. Italia*; 6 aprile 2000, ricorso n. 26772/95, *Labita c. Italia*; 8 ottobre 2013, ricorso n. 18675/09, *Monno c. Italia*. La motivazione della sentenza della Corte europea, peraltro, contiene una pressoché completa rassegna dei precedenti.

<sup>4</sup> Sulla compatibilità convenzionale delle misure italiane di prevenzione patrimoniali (confisca e sequestro) la Corte europea si è pronunciata per esempio con sentenze: *Raimondo*, cit.; 5 luglio 2001, ricorso n. 42024/99, *Arcuri e altri c. Italia*; 4 settembre 2001, ricorso n. n. 52439/99, *Riela c. Italia*; 5 gennaio 2010, ricorso n. 4514/07, *Bongiorno e altri c. Italia*; 17 maggio 2011, ricorso n. 24920/07, *Capitani e Campanella c. Italia*; 26 luglio 2011, ricorso n. 55743/08, *Pozzi c. Italia*.

<sup>5</sup> Sentenza resa a seguito di ricorso n. 43395/09.

<sup>6</sup> *Infra*, par. 2.1.

<sup>7</sup> Vengono in rilievo nel caso di specie gli articoli 2 del Protocollo n. 4, privazione della libertà di movimento; 5 CEDU, privazione arbitraria della libertà personale; 6 CEDU, violazione del diritto a un equo processo; 13 CEDU, violazione del diritto a un rimedio effettivo.

<sup>8</sup> Rispettivamente parr. 2.2-2.3-2.4 e 3.

<sup>9</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 24 gennaio 2019, n. 24, par. 9.

soltanto giurisprudenza interna contrastante<sup>10</sup>, ma anche giudicati internazionali (come quello che si commenta) e dottrina assai divisa.

L'incerto assetto può forse in parte farsi risalire al fatto che queste misure hanno fatto ingresso nell'ordinamento italiano nel quadro della legislazione di polizia adottata nel XIX secolo, proprio agli inizi del Regno d'Italia<sup>11</sup>, e sono state riprese nella stessa prospettiva in epoca fascista<sup>12</sup> e soltanto nel 1956<sup>13</sup> un provvedimento ne modificò l'impianto su sollecitazione dell'appena istituita Corte costituzionale<sup>14</sup>. La prospettiva così inaugurata si è ispirata all'art. 13 della Costituzione, ai sensi del quale le misure di polizia sono incompatibili con la riserva di giurisdizione ivi stabilita.

Inizia con ciò un processo – non ancora perfezionato – di progressiva giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione personali<sup>15</sup>, di progressiva loro espansione<sup>16</sup> e di progressiva tipicizzazione dei comportamenti assunti a presupposto dell'adozione di esse da parte del magistrato<sup>17</sup>.

Quanto al primo elemento si segnala soltanto che esso si inquadra nell'evoluzione impressa al nostro ordinamento dalla giurisprudenza europea in materia di art. 6 CEDU, capace di determinare persino una modifica dell'art. 111 della Costituzione<sup>18</sup>.

Quanto al secondo elemento di evoluzione, si è assistito ad un allargamento dall'originario ambito (l'appartenenza dell'indiziato ad associazioni mafiose) ad altri, quali quelli della criminalità sovversiva, del reato di intestazione fittizia, di reati collegati variamente alla criminalità organizzata e all'associazione a delinquere, fino a reati non connessi a quest'ultima (come gli atti persecutori e legati all'immigrazione), insomma anche a reati monosoggettivi.

---

<sup>10</sup> *Infra*, par. 3.

<sup>11</sup> Legge 20 marzo 1865, n. 2248, *Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*.

<sup>12</sup> Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, *Testo unico di pubblica sicurezza*.

<sup>13</sup> Legge 27 dicembre 1956, n. 1423, modificata a più riprese: v. legge 31 maggio 1965, n. 575; con legge 22 maggio 1975, n. 152 (cosiddetta “*Legge Reale*”); legge 3 agosto 1988, n. 327; è intervenuto infine – come più a lungo si dirà – il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, che ha incorporato le misure di prevenzione nel *Codice antimafia*.

<sup>14</sup> Sentenze del 23 giugno 1956, n. 2 e del 3 luglio 1956, n. 11, relative alla non legittimità costituzionale della disciplina vigente, rispettivamente, in tema di esecuzione coattiva dell'ordine di rimpatrio, nonché dell'ammonizione.

<sup>15</sup> Se ne veda una sintesi nella sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019, cit., par. 11.1.

<sup>16</sup> In questo senso vedi la ben dettagliata ricostruzione che ne fa G. Grasso, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2020, pp. 2-3 (nonché p. 3 per identico processo nella materia delle misure di prevenzione patrimoniali); F. Menditto, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, n. 4, p. 127 ss.; Id., *Misure di prevenzione, personali e patrimoniali, e compatibilità con la Cedu, con particolare riferimento all'ampliamento dei destinatari delle misure e all'introduzione del principio di applicazione disgiunta*, in *www.europeanrights.eu*, 1° marzo 2017; Id., *Le Sezioni Unite verso lo statuto della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 maggio 2014; M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, p. 449 ss.

<sup>17</sup> Ancora G. Grasso, op. cit., pp. 3-4; F. Menditto, *La sentenza de Tommaso c. Italia*, cit., specific. p. 160 ss.; R. Magi, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, p. 503 ss.; R. Orlandi, *La 'fattispecie di pericolosità'. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, *ibid.*, p. 476 ss.; M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, p. 439 ss.; Id., *Le misure di prevenzione*, in *dis:CRIMEN*, 13 febbraio 2020; F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 marzo 2017.

<sup>18</sup> Per tutti si vedano N. Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 381 ss.; L.P. Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, *ibid.*, 1991, p. 677 ss.

Quanto al terzo elemento di evoluzione, esso si è manifestato nell'identificazione di molteplici fattispecie che, infine, possono essere tipicizzate in ipotesi di pericolosità "qualificata" e di pericolosità "generica", secondo rimodulazioni che si sono succedute nel tempo<sup>19</sup>. Di queste ultime – disciplinate al tempo dell'applicazione delle misure di prevenzione personali a Angelo de Tommaso dall'art. 1, nn. 1-2, della legge n. 1423/1956, oggi dall'art. 1, lett. a) e b) del Codice antimafia – tratta la sentenza *de Tommaso*.

L'assetto complessivo che le misure di prevenzione hanno oggi nel Codice antimafia risponde all'esigenza di individuare le categorie di soggetti possibili destinatari di esse<sup>20</sup>, la nozione di pericolosità per la sicurezza pubblica<sup>21</sup>, il procedimento e le sue garanzie<sup>22</sup>.

Le misure di prevenzione patrimoniali sono di più recente acquisizione nel patrimonio giuridico italiano<sup>23</sup>. Esse sono state introdotte, come ancillari alle misure di prevenzione personali (ma oggi da queste indipendenti<sup>24</sup>), dalla "legge Rognoni – La Torre"<sup>25</sup> e oggi sono disciplinate nell'art. 24 del Codice antimafia<sup>26</sup>. Esse non rilevano ai fini della sentenza *de Tommaso*, e tuttavia il fatto di essere ascritte al comparto delle "misure di prevenzione" – e dunque disciplinate congiuntamente dal Codice antimafia – determina l'esigenza di almeno menzionarle, ricordando che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo le ha considerate dalla prospettiva della loro compatibilità convenzionale, in specie con l'art. 1 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea<sup>27</sup>, ovvero della idoneità della normativa che

---

<sup>19</sup> Anche sulla spinta delle sentenze della Corte Costituzionale del 22 dicembre 1980, n. 177 e della Corte europea nel caso *Guzzardi*, cit., che hanno poi indotto la riforma posta con legge n. 327/1988.

<sup>20</sup> Art. 4 del *Codice antimafia*.

<sup>21</sup> Art. 6.1 del *Codice antimafia*.

<sup>22</sup> Si tratta di un procedimento *sui generis* retto da regole probatorie e di giudizio diverse da quelle contemplate per i procedimenti penali, come stabilito dagli artt. 5, 7-14 che dispongono in termini di procedimento giudiziario, adozione della decisione, provvedimenti di urgenza, regime delle impugnazioni, esecuzione e sorveglianza speciale.

<sup>23</sup> In argomento si rinvia, nella vastissima produzione dottrinale, anzitutto a A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; e agli Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale (Milano, 18.10 novembre 2016) pubblicati nel secondo fascicolo del 2017 della *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, in parte. i contributi di Pelissero (p. 439 ss.), Orlandi (p. 470 ss.), Migliucci (p. 485 ss.), Magi (p. 490 ss.), Balbi (p. 505 ss.), Catenacci (p. 526 ss.), Martini (p. 536 ss.), Maugeri (p. 559 ss.), Mangione (p. 614 ss.) e la relazione di sintesi di Pulitanò (p. 635 ss.). *Adde* V. Maiello, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, nn. 3-4, p. 54 ss.; Id., *de Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. Pen. proc.*, n. 3, 6 marzo 2017; V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscation*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, 2016, p. 144 (e in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, p. 1277); A.M. Maugeri, P. Pinto de Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. cost. 24/2019)*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2019; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6 marzo 2017; Id., *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013, n. 3, p. 352 ss.; F. Mazzacupa, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, n. 4, p. 231 ss.; F. Menditto, *Misure di prevenzione, personali e patrimoniali*, cit., par. 4; Id., *Le Sezioni Unite verso lo statuto della confisca di prevenzione*, cit.; F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, p. 885 ss.

<sup>24</sup> In virtù della legislazione intervenuta con legge 25 luglio 2008, n. 125, di conversione del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92 recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica.

<sup>25</sup> Legge 13 settembre 1982, n. 646.

<sup>26</sup> Decreto legislativo n. 159/2011, cit.

<sup>27</sup> Le principali sentenze che hanno riguardato l'Italia sono richiamate *supra*, in nota 2.

ne dispone l'applicazione a qualificarsi come appropriata base legale alla limitazione del diritto di proprietà<sup>28</sup>.

## **2. Il caso *de Tommaso c. Italia*. La fattispecie concreta e i motivi del ricorso**

Nella materia delle misure di prevenzione è intervenuta da ultimo soltanto la già menzionata sentenza della Corte europea del 23 febbraio 2017, su ricorso (n. 43395/09) presentato da Angelo de Tommaso contro la Repubblica italiana il 28 luglio 2009.

Il ricorso traeva origine dal provvedimento adottato dal Tribunale di Bari (l'11 aprile 2008), che era stata richiesta dalla Procura della Repubblica (l'22 maggio 2007)<sup>29</sup> di applicare una misura di prevenzione personale. Il Tribunale respinse i rilievi presentati (il 6 marzo 2008) nella memoria da de Tommaso, non tenendo conto del preteso errore d'identità fra il ricorrente e altra persona (nata nel 1973, e non nel 1963), dell'ininfluenza dell'evasione ai fini dell'applicazione della misura, dell'essere risalente nel tempo dell'unica condanna (subita nel 2002)<sup>30</sup>. Si pronunciò per l'applicazione della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza per la durata di due anni con obbligo di soggiorno nel Comune di residenza (Casamassima), sostenendo la pericolosità del ricorrente ai sensi dei parametri espressi dalla legge, la sua attiva propensione al reato e la provenienza dei mezzi di sussistenza di de Tommaso da attività criminose<sup>31</sup>.

De Tommaso interpose appello alla Corte di appello di Bari (14 luglio 2008), che accolse il ricorso (28 gennaio 2009) e annullò la misura di prevenzione sulla base di argomentazioni assai articolate. Queste hanno fatto perno sulla necessità di verificare l'“attualità” della situazione, ovvero sul fatto che al momento dell'adozione della decisione applicativa della misura di prevenzione ricorresse una situazione di «pericolosità». La Corte, andando contro la decisione del Tribunale, ha riscontrato che – a seguire la pena interamente scontata per evasione – de Tommaso non aveva più commesso reati (ancorché avesse continuato a frequentare persone pregiudicate), con ciò dando atto dell'effetto risocializzante della pena: la violazione degli obblighi di sorveglianza speciale intervenuti nel mese di aprile 2007 sono infatti da addebitare a diversa omonima persona.

Il ricorso conseguentemente presentato da de Tommaso alla Corte europea sulla base dell'art. 34 CEDU lamentava l'applicazione della misura di prevenzione applicatagli dal Tribunale di Bari sulla base

---

<sup>28</sup> In modo assai critico sull'attuale assetto normativo e propositivo in termini di riforma dell'assetto giuridico in materia si veda in particolare F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione”*, cit., pp. 917-918.

<sup>29</sup> Il Pubblico Ministero sosteneva che le precedenti condanne subite da Angelo de Tommaso per spaccio di sostanze stupefacenti, evasione, detenzione illegale di armi ne dimostravano la pericolosità ed erano indicative di sua contiguità con ambienti criminali.

<sup>30</sup> Le argomentazioni del Tribunale sono espresse diffusamente nella parte “in fatto” della sentenza della Corte europea, parr. 11-16.

<sup>31</sup> Le singole misure di prevenzione individuate dal Tribunale sono elencate nel par. 17 della parte “in fatto” della sentenza della Corte europea.

dell'articolo 5 della legge n. 1423/1956, in violazione degli artt. 5, 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 2 del Protocollo n. 4.

Il ricorso fu assegnato a una Camera della seconda Sezione della Corte, ai sensi dell'art. 52, par. 1, del regolamento della Corte stessa. La Camera tuttavia declinò la giurisdizione (il 25 novembre 2014) a favore della Grande Camera. Questo evento si determina allorché – se nessuna delle parti si oppone – ricorrano «*gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la (...) soluzione [del caso rischi] di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte*»<sup>32</sup>. Sarà evidente dall'esame delle argomentazioni del caso come ambedue le situazioni siano suscettibili di ricorrere nella situazione di specie: esistono infatti precedenti nella prassi della Corte, anche ma non solo in relazione all'ordinamento italiano<sup>33</sup>; e i profili del caso ben potevano far propendere per l'ipotesi che la Corte potesse determinarsi a modificare la propria giurisprudenza.

La Grande Camera – riunita nella composizione stabilita dalle pertinenti disposizioni<sup>34</sup> – ha ricevuto le osservazioni scritte sulla ricevibilità nonché sul merito del ricorso e ha ascoltato le parti in pubblica udienza (il 20 maggio 2015).

## 2.1 Le questioni di diritto oggetto del ricorso

La Corte europea ha deliberato all'unanimità la violazione dell'art. 2, par. 2, del Protocollo n. 4, in quanto le misure di prevenzione personali hanno limitato in modo illegittimo la libertà di movimento di de Tommaso; e dell'art. 6, par. 1, CEDU a motivo della mancanza di un'udienza pubblica nell'occasione dell'adozione del provvedimento giudiziario di applicazione delle misure in questione.

Ha deliberato soltanto a maggioranza la non violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU nella parte in cui tutela il diritto a un equo processo (quattordici voti contro tre) e dell'art. 13 CEDU in relazione al diritto a un rimedio efficace (dodici voti contro cinque).

È stata censurata nel giudizio della Corte europea specificamente la norma italiana che individua i primi due presupposti soggettivi di cosiddetta pericolosità generica (o semplice, come da altri definita): ovvero la norma che si indirizza a «*coloro che debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi*» e a «*coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*». Ugualmente è stata censurata la norma che in via generale disciplina in tema di prescrizioni da osservarsi per il caso di pericolosità, in particolare quella di «*vivere onestamente*» e di «*rispettare le leggi*».

---

<sup>32</sup> Sulla base di quanto stabiliscono gli artt. 30 CEDU e 72 del Regolamento della Corte.

<sup>33</sup> V. al proposito A. Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, II ed., Oxford, 2006, ~~II ed.~~, p. 990; F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto*, cit., *passim*; A.M. Maugeri, P. Pinto de Albuquerque, *La confisca di prevenzione*, cit., *passim*.

<sup>34</sup> Rilevano gli artt. 26, parr. 4 e 5, CEDU e 24 del Regolamento della Corte EDU.



La sentenza è accompagnata da opinioni parzialmente concorrenti<sup>35</sup> e parzialmente dissenzienti<sup>36</sup>.

La Corte (a maggioranza<sup>37</sup>) non ha ritenuto applicabile l'art. 5, par. 1, CEDU, poiché ha reputato che nel caso di specie si versasse in una situazione non di privazione della libertà personale, ma di limitazione della libertà di circolazione. Ora, la collocazione di una doglianza entro l'art. 5 CEDU piuttosto che entro il Protocollo n. 4 era stata già oggetto di esame nel caso *Guzziardi*<sup>38</sup>: allora il provvedimento di prevenzione applicato al ricorrente contemplava non soltanto un regime di stretta sorveglianza sulla sua libertà di movimento, ma anche l'obbligo soggiorno in un Comune diverso da quello di residenza: si trattava dunque, secondo la Corte, non tanto di una limitazione della libertà di movimento, ma di una privazione della libertà personale. Sulla base di questa graduazione costantemente sostenuta dalla Corte europea la dottrina si è orientata a valutare che il discrimine fra le due situazioni (governate l'una dall'art. 5 della Convenzione, l'altra dall'art. 2 del Protocollo n. 4) sia di tipo meramente quantitativo<sup>39</sup>.

## **2.2. La questione della illegittima limitazione della libertà di movimento (articolo 2 del Protocollo n. 4). L'approccio generale della Corte europea al tema.**

La questione principale affrontata dalla Corte europea – non a caso della sua Grande Camera – si inserisce in un dibattito assai vivace sia a livello internazionale ed europeo<sup>40</sup> che a livello nazionale italiano<sup>41</sup>. Essa riguarda la valutazione circa la ricorrenza dei presupposti sulla base dei quali la limitazione nell'esercizio

---

<sup>35</sup> Del Presidente Raimondi e dei giudici Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbros (comune) e Dedov.

<sup>36</sup> Dei giudici Sajó, Vučinić, Pinto de Albuquerque e Kūris.

<sup>37</sup> Su questa specifica scelta (oltre a quanto si dirà) dissentono il giudice Pinto de Albuquerque e in parte anche il giudice Kūris. Sulle motivazioni della Corte si vedano i par. 79-90.

<sup>38</sup> V. *supra*, nota 1.

<sup>39</sup> Così, fra i tanti F. Menditto, *La sentenza de Tommaso c. Italia*, cit., pp. 128-130 e pp. 133-134; V. Del Tufo, *Il diritto penale italiano al vaglio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in [www.progettoinnocenti.it](http://www.progettoinnocenti.it), pp. 3-5.

<sup>40</sup> Oltre all'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rileva anche il vivace dibattito che è andato sviluppandosi in ambito Unione europea, culminato con l'adozione della direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014 *relativa al congelamento e alla confisca di beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea* e del regolamento (UE) 2018/1805 *per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca* (che seguono tanta legislazione stabilita con decisioni quadro a partire dalla n. 2001/500/GAI: per un inventario rapido si veda L. D'Amore, *La dimensione europea delle confische*, in [fondazioneNazionaleCommercialisti.it](http://fondazioneNazionaleCommercialisti.it)). In tema si vedano, fra i tanti, i contributi di A. Balsamo, *Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzione*, in [treccani.it](http://treccani.it), 2014; A. Mangiaracina, *L'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni e di sequestro*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino, 2017, p. 551 ss.; B. Piattoli, *L'esecuzione nell'U.E. delle decisioni di confisca*, *ibidem*, p. 576 ss.; A.M. Maugeri, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio. La confisca dei proventi dell'evasione fiscale o dei redditi leciti non dichiarati fiscalmente?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2 marzo 2015; Id., *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 gennaio 2019. Secondo recente giurisprudenza della Corte di giustizia il diritto comunitario non osta a provvedimenti di confisca indipendenti dall'accertamento di un reato: sentenza del 19 marzo 2020, in causa C-234/18, *Komisija za protivodejstvie na koruptsijata i za otnemane na nezakonno pridobitoto imushtestvo*. Per un dibattito in materia a livello universale, nell'ambito del contesto UNCAC, si richiama da ultimo la *Note su Mutual recognition of non-conviction-based freezing orders and confiscation judgements*, CAC/COSP/WG.2/2019/CRP.1.

<sup>41</sup> Per un riferimento puntuale si rinvia a F. Menditto, *La sentenza de Tommaso c. Italia*, cit., pp. 128-130; F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, cit.

di diritti e libertà fondamentali è aderente al dettato convenzionale che accorda alla persona il diritto di libera circolazione e di scelta della propria residenza sul territorio di uno Stato contraente<sup>42</sup>.

La disposizione implicata contiene una norma che non protegge diritti assoluti, in relazione ai quali non vi sono cioè margini per limitazioni o deroghe, bensì diritti e libertà di portata relativa, in ordine ai quali dunque la Convenzione consente (anzi vorrei dire: pretende) che lo Stato Parte contraente, al ricorrere di certi presupposti, interferisca nel loro libero e pieno esercizio, limitandolo senza privarne totalmente il titolare, per trovare l'esatto bilanciamento fra diritti e libertà confliggenti<sup>43</sup>.

La norma contenuta nell'art. 2, par. 2, del Protocollo n. 4 ha struttura e parametri di funzionamento comuni a tante altre contenute nella Convenzione di salvaguardia e nei suoi Protocolli integrativi, quali in particolare quelle poste a tutela del diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata e familiare<sup>44</sup>, della libertà di pensiero, di coscienza e di religione<sup>45</sup>, di espressione<sup>46</sup>, di riunione e di associazione<sup>47</sup>, di sposarsi<sup>48</sup>, di proprietà<sup>49</sup> e di non essere espulsi<sup>50</sup>, nonché in parte anche del diritto a un equo processo<sup>51</sup>. Queste disposizioni per struttura si articolano con un primo paragrafo, dichiarativo del diritto, al quale segue un secondo paragrafo, che dispone in ordine tanto ai presupposti che consentono alle pubbliche autorità una limitazione nell'esercizio del diritto, quanto agli scopi che legittimano un'ingerenza di queste in ordine a quella limitazione.

I presupposti per il rispetto della legalità convenzionale da parte delle autorità statali che si determinino a limitare l'esercizio del singolo sono rappresentate dall'essere esse adottate «*in accordance with the law*»<sup>52</sup>, soltanto se «*necessary in a democratic society*»<sup>53</sup> e comunque se indirizzate al conseguimento di uno degli scopi stabiliti dalle specifiche norme convenzionali. Quest'ultimo presupposto – pur variando da disposizione a disposizione – legittima l'ingerenza a fini di protezione di altre prerogative individuali, a tutela

---

<sup>42</sup> Sulla norma in generale, con esclusione degli aspetti che riguardano questo contributo, si vedano: L. Daniele, *Art. 2. Libertà di circolazione*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 877 ss.; B. Nascimbene, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in Id. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 153 ss.; C. Favilli, *Art. 2 Libertà di circolazione*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II ed., Padova, 2012, p. 858 ss.; D. Ruggiu, *Il concetto di libertà di movimento in Europa. Un'analisi delle norme convenzionali e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2009, n. 9; M. Capozzolo, *Le limitazioni alla libertà di circolazione (art. 2, Protocollo 4 CEDU)*, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza, 2016, p. 1043 ss. Sulla disposizione in quanto applicabile alle misure di sicurezza specificamente v. M. Capozzolo, op. cit., pp. 1054-1059; L. Beduschi, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il diritto alla libertà personale (art. 5 par. 1 Cedu e art. 2 prot. n. 4 Cedu)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, nn. 3-4.

<sup>43</sup> Sul punto (cioè sulla distinzione fra diritti assoluti e diritti relativi) si rimanda a D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2008, rispettivamente parr. 38 e 39.

<sup>44</sup> Art. 8 CEDU.

<sup>45</sup> Art. 9 CEDU.

<sup>46</sup> Art. 10 CEDU.

<sup>47</sup> Art. 11 CEDU.

<sup>48</sup> Art. 12 CEDU.

<sup>49</sup> Art. 1, Protocollo aggiuntivo.

<sup>50</sup> Artt. 1.1-2, Protocollo n. 7.

<sup>51</sup> Art. 6 CEDU.

<sup>52</sup> Sul significato di «*law*» (o di «*loi*» nella formulazione in lingua francese) si rinvia agli approfondimenti (e ai richiami di giurisprudenza) contenuti in D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, cit., par. 41.

<sup>53</sup> Sulle due preposizioni contenute nell'unica norma v. ancora D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, cit., parr. 40.2.1 e 40.2.2.

dell'integrità territoriale e istituzionale dello Stato, o ancora per la salvaguardia dell'interesse collettivo, generale, delle persone che insistono entro la medesima comunità territoriale. L'art. 2, par. 2, del Protocollo n. 4 stabilisce che «*No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are (...) in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*».

Si tratta di presupposti che, in omaggio al principio di sussidiarietà – secondo il quale lo Stato parte contraente è nella condizione migliore per far rispettare i diritti e le libertà fondamentali elencate in essa<sup>54</sup> essendo il principale responsabile nell'assicurare il rispetto della legalità convenzionale<sup>55</sup> —, riconoscono l'esistenza di un margine di apprezzamento delle autorità pubbliche nazionali nella ricerca di un contemperamento fra interessi e diritti che per essere relativi devono andare in reciproco bilanciamento<sup>56</sup>. E ciò anche quando rilevino interessi di portata pubblicistica, dando così conto della complementarità fra protezione dei diritti della persona ed esercizio della sovranità statale<sup>57</sup>.

Sulla base di questi principi generali (molto sinteticamente richiamati nella motivazione della sentenza<sup>58</sup>), la Corte valuta il caso concreto.

### 2.2.1. L'applicazione al caso di specie

In apertura di questa disamina sembra utile chiarire che l'argomentazione della Corte europea si svolge esclusivamente in relazione al primo dei tre presupposti indicati dalla norma come suscettibili di legittimare una limitazione nell'esercizio del diritto di circolazione entro il territorio nazionale. La Corte, infatti – avendo ricostruito l'inidoneità dell'articolo 1, n. 1-2, della legge n. 1423/1956 a fornire un'adeguata base legale per le limitazioni della libertà di circolazione determinate dall'applicazione delle misure di prevenzione personali – non reputa necessario approfondire le altre questioni sottese all'applicazione dell'art. 2, par. 2, del Protocollo n. 4<sup>59</sup>. Occorre, per completezza, segnalare che l'opinione comune concorrente ma dissenziente del Presidente Raimondi e dei giudici Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbro proprio su questo punto si distingue, in quanto sostiene che non sia l'impianto normativo a porre

---

<sup>54</sup> Ancora D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, cit., cap. III, par. 20, anche per richiami a importante dottrina e giurisprudenza in argomento.

<sup>55</sup> Artt. 1 e 13 CEDU.

<sup>56</sup> Mi sembra molto significativo l'inquadramento del margine di apprezzamento che si può ricavare da autorevole dottrina: «*the margin doctrine is a technique for weighing and balancing claims and state defenses (...). It is a method of determining aberrant state action, in conjunction with the consensus standard (...) [.] a more formal standard for the determination of deference of state discretion (...) within the vertical division of power between Strasbourg and the State Parties*» (H. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamic of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht, 1996, p. 195).

<sup>57</sup> Sulla complementarità in oggetto si rinvia a J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, II ed., Manchester, 1993, p. 174. Sull'operatività di altri criteri e principi che circostanziano l'utilizzo del margine di apprezzamento da parte di ciascuna Parte contraente non ci si attarda, poiché il discorso non è strettamente funzionale alla sentenza oggetto di commento; si rinvia agli approfondimenti di D. Rinoldi, *L'ordine pubblico europeo*, cit., pp. 321-324.

<sup>58</sup> Parr. 106-109.

<sup>59</sup> Così par. 127 della sentenza *de Tommaso*.

un problema di legalità convenzionale (poiché la norma è accessibile e conoscibile); sarebbe invece un problema discendente dall'applicazione che di essa ha dato il magistrato, non rispettosa delle esigenze di una società democratica. L'opinione concorrente ma in parte dissenziente sposta dunque l'attenzione dal legislatore al giudice.

Tornando alle argomentazioni della Corte: nell'affrontare la questione del se le misure di prevenzione personale di cui è stato destinatario de Tommaso siano state adottate «*in accordance with the law*», la Corte svolge il proprio pensiero lungo la tradizionale linea di ragionamento che si articola, anzitutto, sulla ricognizione dell'esistenza di una base legale (per l'assunzione della misura limitativa di diritti e libertà: A) l'esistenza di un fondamento legale delle misure di limitazione della libertà<sup>60</sup>, poi sulla sua accessibilità (B)<sup>61</sup>, infine sulla sua conoscibilità (C)<sup>62</sup>.

(A-B) La Corte accerta nel caso di specie l'esistenza di una base legale, individuandola – come peraltro evidente – nella legge n. 1423/1956, che risulta così anche accessibile<sup>63</sup>.

La motivazione della Corte europea è sostenuta da un esame molto approfondito della giurisprudenza italiana intervenuta a circostanziare l'applicazione del sistema delle misure di prevenzione personali<sup>64</sup>. Questo approccio si colloca nella tradizionale linea di pensiero della Corte europea, la quale apprezza non tanto la legge in quanto tale, ma la sua effettiva applicazione<sup>65</sup>, anche quando i suoi contenuti siano determinati da interventi della giurisprudenza<sup>66</sup>.

(C) L'elemento intorno al quale è organizzata gran parte delle argomentazioni della Corte è rappresentato dalla non sufficiente prevedibilità delle conseguenze derivanti dalla condotta tenuta dal destinatario della misura di prevenzione personale. Esse sono scandite per passaggi successivi, a partire dalla prima valutazione: la Corte si interroga sul se l'assetto normativo sia in grado di far prevedere ragionevolmente

---

<sup>60</sup> Nella giurisprudenza della Corte europea non rilevano né la posizione che la norma occupa nel sistema delle fonti, né l'autorità dalla quale essa promani, né la sua appartenenza al diritto nazionale piuttosto che al diritto internazionale. Particolarmente interessanti al proposito per l'ordinamento italiano sono le conclusioni alle quali è giunta la Corte europea nel caso *Contrada n. 3 contro Italia* (sentenza del 14 aprile 2015). Sul punto v. G. Diotallevi, *Creazione giurisprudenziale, irretroattività e legalità penale* (art. 7 CEDU), in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, cit., p. 591 ss.

<sup>61</sup> La giurisprudenza consolidata sul punto risale al caso *Sunday Times* (sentenza del 26 aprile 1979, par. 50).

<sup>62</sup> Nel senso che possa essere considerata “legge” la norma il cui disposto non sia generico, non contempra le condizioni, le circostanze e le procedure atte a determinare la limitazione del diritto individuale v. fra le tante la sentenza della Corte europea del 2 agosto 1984, *Malone*, pp. 32 e 53 ss.; né la norma che non metta in grado il destinatario del provvedimento di «*disposer de renseignements suffisants (...) et (...) de prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé*» (sentenza della Corte europea del 26 aprile 1979, *Sunday Times*, par. 49).

<sup>63</sup> Parr. 106 e 110-112 della sentenza *de Tommaso*.

<sup>64</sup> Si veda la ricognizione effettuata nei parr. 30-68 della sentenza *de Tommaso*, della quale si tiene conto specificamente nella soluzione della questione (par. 115 sentenza *de Tommaso*).

<sup>65</sup> Al proposito sono illuminanti le argomentazioni della Corte europea nelle sentenze 6 settembre 1978, ricorso n. 5029/71, *Klass e altri c. Germania*, par. 33; e 13 giugno 1979, ricorso n. 6833/74, *Marckx c. Belgio*, par. 27.

<sup>66</sup> L'Italia è stata riguardata dall'applicazione di una norma di origine esclusivamente giurisprudenziale nel caso *Contrada* (risolto con sentenza cit. *supra*, in nota 58), allorché la Corte europea accertò che il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso – «*risultato di una evoluzione giurisprudenziale*» (par. 74) – non era sufficientemente chiaro e prevedibile.

la restrizione del diritto alle persone nei confronti delle quali le misure di prevenzione sono destinate ad applicarsi<sup>67</sup>.

Per dare una risposta a questo interrogativo la Corte si chiede quali siano gli elementi fattuali e le tipologie di condotta che la norma individua a fini di giungere al giudizio di “pericolosità sociale” della persona, stante che questo giudizio rappresenta il presupposto per l’applicazione della misura di prevenzione, anche nella ricostruzione che della norma fa la Corte costituzionale italiana. La valutazione è che la disciplina italiana non dà «*disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che devono essere considerati costituire un pericolo per la società*»<sup>68</sup>, cosicché il tribunale competente è portato a basare le proprie decisioni «*sull’esistenza di tendenze criminali “attive” (...)*» pur senza poter attribuire al ricorrente «*alcuno specifico comportamento o attività criminale*» basando il proprio ragionamento «*sull’assunto dell’esistenza di “tendenze criminali”*». La legislazione italiana vigente al momento dell’applicazione delle misure di prevenzione, conclusivamente, non indicava «*con sufficiente chiarezza la portata o la modalità di esercizio della ampissima discrezionalità conferita ai tribunali interni*»: non era cioè «*formulata con sufficiente precisione in modo da fornire una protezione contro le ingerenze arbitrarie*», e non consentiva «*al ricorrente di regolare la propria condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l’applicazione*» di esse<sup>69</sup>.

In seconda battuta la Corte si interroga sulla prevedibilità della disciplina italiana dalla prospettiva delle prescrizioni imposte al destinatario della misura di prevenzione<sup>70</sup>. Le prescrizioni stabilite nella legge n. 1423/1956 consistono nell’obbligo di «*vivere onestamente*», «*rispettare le leggi*», «*non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta*», «*adattare la propria condotta a uno stile di vita che osservi tutti i summenzionati obblighi*»: nel giudizio della Corte, si tratta di obblighi che non sono «*delimitati in modo sufficiente*» neppure nell’interpretazione di essi che ne dà la Corte costituzionale italiana; di obblighi dettati «*a tempo indeterminato*», «*per l’intero ordinamento giuridico italiano*», senza individuazione chiara sulle «*specifiche norme la cui inosservanza rappresenterebbe un ulteriore indizio del pericolo rappresentato dalla persona per la società*»<sup>71</sup>; «*senza alcun limite temporale o spaziale*» nell’esercizio della libertà personale in materia di libertà di partecipazione a riunioni pubbliche»<sup>72</sup>. Conclusivamente su questo punto la disciplina in questione è caratterizzata dall’«*imprevedibilità*»<sup>73</sup>.

La conseguenza di portata generale che la Corte trae sull’intera questione è che le norme poste a fondamento delle misure di prevenzione personali non costituiscono un’idonea base legale dei provvedimenti limitativi della libertà personale, alla luce delle prescrizioni di cui al Protocollo n. 4.

---

<sup>67</sup> Parr. 114-118 sentenza *de Tommaso*.

<sup>68</sup> Par. 117 sent. cit.

<sup>69</sup> Par. 118 sent. cit.

<sup>70</sup> Parr. 119-123 sent. cit.

<sup>71</sup> Par. 122 sent. cit.

<sup>72</sup> Par. 124 sent. cit.

<sup>73</sup> Par. 126 sent. cit.

### 2.3. La violazione del diritto a un'udienza pubblica (articolo 6, par. 1, CEDU)

A fronte della doglianza di de Tommaso – che sosteneva la rilevanza dell'articolo 6 CEDU anche nel suo “*volet*” penale, sulla base dell'assunto che le misure di prevenzione personali sono applicate sulla base di norme di procedura penale – la Corte si pronuncia secondo la propria tradizionale dottrina: il procedimento in cui è coinvolto il ricorrente (ovvero la «*surveillance speciale*») non è paragonabile a una sanzione penale dal momento che esso non attiene alla determinazione di un'accusa penale<sup>74</sup>.

Considera invece rilevante il “*volet*” civile sulla base ancora una volta della propria giurisprudenza consolidata<sup>75</sup>: esiste nel caso di specie una «*dispute*» su un «*civil rights and obligations*», che riguarda la portata del diritto e le modalità del suo esercizio essendo l'esito del procedimento direttamente determinante per il diritto in questione<sup>76</sup> e la controversia è «*genuine and serious*»<sup>77</sup>. La doglianza, in particolare, riguardava l'assenza di un'udienza pubblica dinanzi al tribunale e alla Corte d'Appello di Bari; doglianza riconosciuta dal Governo italiano nella dichiarazione unilaterale presentata nell'occasione del tentativo (non positivamente concluso) di composizione amichevole di questa parte del ricorso<sup>78</sup>. Dunque, la Corte conclude che nel merito vi sia stata violazione dell'articolo 6, par. 1, CEDU<sup>79</sup>.

Non riconosce invece la violazione dell'articolo 6 nella parte in cui tutela la persona da un procedimento non equo dalla prospettiva principalmente della valutazione delle prove da parte del tribunale di Bari. L'essere stato destinato de Tommaso di un provvedimento della Corte d'appello di Bari che annulla la misura di prevenzione toglie rilevanza alla doglianza<sup>80</sup>.

### 2.4. La non violazione del diritto a un rimedio efficace (articolo 13 CEDU)

La doglianza del ricorrente riguardava il fatto di non aver potuto disporre di un ricorso effettivo per chiedere la riparazione conseguente alla violazione dell'art. 5 CEDU e dell'art. 2 del Protocollo n. 4.

La Corte ripercorre i principi generali applicabili nel caso di specie: precisa dunque che l'art. 13 della Convenzione esige l'esistenza nell'ordinamento della Parte contraente di «*un ricorso (...) in relazione a doglianze che possano essere considerate “sostenibili” dal punto di vista della Convenzione*», ricorso che deve ricoprire le caratteristiche dell'effettività, che cioè «*permetta alla competente autorità nazionale di trattare la sostanza della pertinente doglianza (...) e di concedere un adeguato confort*»<sup>81</sup>.

---

<sup>74</sup> Par. 143 sent. cit.

<sup>75</sup> Illustrata per punti nei parr. 144-152 sent. cit.

<sup>76</sup> Par. 154 sent. cit.

<sup>77</sup> V. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (civil limb)*, 31 August 2019, pp. 6-7. L'espressione è ripresa nel par. 153 sent. cit.

<sup>78</sup> Parr. 130 e 137 sent. cit.

<sup>79</sup> Par. 168 sent. cit.

<sup>80</sup> Par. 172 sent. cit.

<sup>81</sup> Parr. 179-180 sent. cit.

Nel caso di specie il ricorrente ha avuto la possibilità di contestare le misure di prevenzione personali davanti alla Corte d'Appello di Bari, che le ha annullate: ciò dimostra tanto l'esistenza quanto l'effettività del mezzo di ricorso esperito<sup>82</sup>.

## **2.5. Il diritto a un'equa soddisfazione (articolo 41 CEDU) e al rimborso delle spese processuali**

La Corte, applicando l'articolo 41 della Convenzione, accorda al ricorrente un'equa soddisfazione (pari a 5.000 euro) per il danno non patrimoniale subito per aver scontato un periodo di sorveglianza speciale non legittimo.

Non accorda invece un'equa soddisfazione per il danno patrimoniale, pur richiesta dal ricorrente, dal momento che egli non aveva provveduto a quantificare la somma.

Sulla base della documentazione presentata e accertata dalla Corte, la sentenza stabilisce che a de Tommaso debbano essere rimesse le spese processuali sostenute di fronte ai tribunali interni e alla Corte europea.

## **3. Le ricadute della sentenza nell'ordinamento italiano**

In sintesi riprendendo quanto già osservato, la sentenza della Corte nel caso *de Tommaso* si pronuncia sulla qualità della legislazione italiana vigente al momento dell'applicazione delle misure di prevenzione (legge n. 1423/1956), valutando le norme sulle tipologie di cosiddetta pericolosità semplice e quelle in via generale stabilite in tema di prescrizioni da osservarsi per il caso di pericolosità come non provviste di quella determinatezza e prevedibilità che lo standard convenzionale europeo richiede.

Su questo terreno si è avviato il dibattito interno conseguente.

Vi sono anzitutto alcune premesse di portata generale che occorre prendere in considerazione.

Una prima riguarda l'attualità della sentenza: la disciplina normativa al momento della sentenza perché sostituita dal Codice antimafia, entrato in vigore il 13 ottobre 2011<sup>83</sup>. Tuttavia, le norme oggetto della censura della Corte europea (artt. 1, nn. 1 e 2, nonché 3 e 5) erano nel frattempo state trasposte in modo pressoché pedissequo nel Codice stesso, rispettivamente, nell'art. 1, lett. a) e b), e nell'art. 8.

Dunque, al momento della pronuncia della sentenza l'ordinamento italiano si è trovato nella necessità di valutare come dare esecuzione alla stessa nel caso di specie; e come ripristinare per l'intero ordinamento la legalità convenzionale in costanza di una legge valida e in vigore di contenuto assimilabile alla disciplina censurata dalla Corte europea.

---

<sup>82</sup> Parr. 181-185 sent. cit.

<sup>83</sup> Più volte modificato, anche nella parte che riguarda le misure di prevenzione, come più a lungo si dirà, a seguito di importante giurisprudenza costituzionale conseguente alla sentenza della Corte europea nel caso *de Tommaso* (sentenze nn. 24 e 25/2019).

Una seconda questione riguarda il fatto che la sentenza della Corte europea esprime un principio frutto di giurisprudenza cosiddetta consolidata<sup>84</sup>. Questa portata per la verità è stata messa in dubbio, ma in modo isolato<sup>85</sup>: si tratta di una tesi difficilmente sostenibile, anche alla luce della elencazione dettagliata e precisa che la Corte costituzionale ha tracciato con la propria giurisprudenza in materia<sup>86</sup>, nonché di quanto la stessa Corte europea ha espresso a proposito del valore dei propri precedenti<sup>87</sup>. Si tratta ora di svolgere per punti il discorso.

### 3.1. L'impatto sul caso di specie

La prima questione in concreto ha riguardato il fatto che la sentenza della Corte europea è immediatamente vincolante per il giudice nazionale e deve essere eseguita nei confronti del danneggiato. Sulla base del ricorso con il quale de Tommaso ha impugnato la sentenza della Corte di Appello di Bari del 5 novembre 2015, la Corte di Cassazione ha pronunciato il suo annullamento per genericità e indeterminatezza dei presupposti<sup>88</sup>.

### 3.2. L'esigenza di sanare l'antinomia fra Convenzione europea e Codice antimafia. In particolare: la soluzione ermeneutica

Sul piano generale si possono ipotizzare diverse vie per ripristinare la legalità convenzionale. Ambedue sono state percorse nel caso di specie.

---

<sup>84</sup> Segnalo al proposito l'ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale del Tribunale di Padova (ordinanza 30 maggio 2017), secondo la quale la sentenza della Corte europea nel caso *de Tommaso* «ha una portata precettiva tale che, sebbene non vincolante sul piano formale, si pone sul piano sostanziale quale criterio per l'interprete (...)» non eludibile. Si versa, invece, nel caso di specie, nella situazione che viene identificata con la locuzione di sentenza pilota, come da qualcuno adombrato (L. Capriello, *La repressione della pericolosità sociale: le misure di prevenzione tra le esigenze di tutela dell'ordine sociale ed il difficile inquadramento nell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Giur. pen.*, 26 aprile 2017), poiché non è stata intrapresa dalla Corte europea la procedura prevista per questa situazione (v. art. 61 del Regolamento della Corte europea). Sulla questione si veda M. Bocchi, *In (non) claris fit interpretatio: gli effetti delle sentenze pilota sul diritto a un equo processo, tra revisione del giudicato e rideterminazione della pena*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1, p. 1 ss.

<sup>85</sup> Sentenza del Tribunale di Milano del 7 marzo 2017; e decreto del Tribunale di Milano (sez. autonoma Misure di prevenzione) del 9 ottobre 2018, che dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme che estendono le misure di prevenzione personali all'indiziato di *stalking*, alla luce del Protocollo n. 4 CEDU nell'interpretazione datagli dalla sentenza della Corte europea nel caso *de Tommaso*. Sul decreto v. il commento di G. Tona, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 ottobre 2018.

<sup>86</sup> Sentenza della Corte Costituzionale del 26 marzo 2015, n. 49, per la quale, dalla prospettiva che qui interessa, si veda V. Mongillo, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 421 ss.; P. Mori, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *SIDIBlog*, 15 aprile 2015 e G. Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC*, 10 luglio 2015.

<sup>87</sup> Sul punto v. in particolare M.G. Civinini, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quest. giust.*, 2018, n. 4, par. 5.2; P. Mori, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *SIDIBlog*, 15 aprile 2015.

<sup>88</sup> Sulla questione sottesa ha fatto chiaramente luce la Corte di Cassazione (a sezioni unite) con la sentenza del 27 aprile 2017, n. 40076, *Paternò*. V. C.M. Pellicano, *La sentenza de Tommaso e gli interventi correttivi della Corte di Cassazione*, in *Magistratura indipendente*, 16 maggio 2020.



Vi è anzitutto la via – privilegiata dalla Corte costituzionale<sup>89</sup> almeno fino a tempo recenti – dell’interpretazione convenzionalmente orientata<sup>90</sup>, nell’ottica della valorizzazione del dialogo fra corti interne e internazionali, in particolare europee<sup>91</sup>.

Nel caso di specie questa via è stata percorsa dalla Corte di Cassazione che, a più riprese, l’ha utilizzata, dando alle norme implicate nella sentenza della Corte un’interpretazione convenzionalmente orientata. Ha cioè provato a “tassativizzare”<sup>92</sup> le fattispecie di pericolosità generica, intervenendo a precisare le nozioni di comportamento delittuoso, della abitualità del comportamento, di traffico, di provento, nonché precisando gli elementi di fatto della cui valutazione il giudice avrebbe dovuto farsi carico nell’occasione delle misure personali di prevenzione<sup>93</sup>. Ancora ha stabilito che i limiti spaziali e temporali delle misure applicate devono essere indicate dal giudice, a pena di una compressione generalizzata della libertà fondamentale implicata<sup>94</sup>; e che non possa applicarsi una norma così vaga come quella che vieta di partecipare in via generale a pubbliche riunioni<sup>95</sup>.

Lo scopo è stato quello di dare vita a una norma giuridica (frutto dell’innesto della giurisprudenza sulla disposizione di rango legislativo) dotata di quelle caratteristiche di determinatezza, precisione e prevedibilità utili a mettere in linea l’ordinamento italiano con lo standard individuato dalla sentenza della Corte europea<sup>96</sup>.

---

<sup>89</sup> Si veda, fra le tante, la sentenza della Corte Costituzionale del 24 luglio 2009, n. 239, par. 3.

<sup>90</sup> In linea generale v. M. Ruotolo, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Quest. giust.*, 22 ottobre 2018; in quanto applicata al rapporto fra fonti interne e fonti internazionali (con specifica attenzione alla Convenzione di salvaguardia) v. R.G. Conti, Ruggieri, *i giudici comuni e l’interpretazione*, in *Giust. ins.*, 4 ottobre 2019; e P. Rossi, *L’interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 1.

<sup>91</sup> Sul dialogo fra corti interne e corti internazionali si rinvia al solo articolato saggio di A. Ruggieri, *Relazione introduttiva*, in A. Ruggieri, D. Rinoldi, V. Petralia (a cura di), *Vecchie e nuove ‘famiglie’ nel dialogo tra corti europee e giudici nazionali*, Napoli, 2016, p. 1 ss.

<sup>92</sup> L’espressione è utilizzata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24/2019, cit., specific. par. 11.4, ripresa e generalizzata poi da molti commentatori (per tutti v. G. Grasso, op. cit.).

<sup>93</sup> Per la sua chiarezza espositiva segnalo qui soltanto la sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., 27 aprile 2017, cit. L’articolata giurisprudenza della Corte di Cassazione è tutta richiamata nella sentenza della Corte Costituzionale, n. 24/2019, cit., specific. par. 11.4. La giurisprudenza è anche molto ben commentata in F. Menditto, *Misure di prevenzione e Corte europea*, in *Attesa della Corte costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 22 ottobre 2018.

<sup>94</sup> Sentenza della Corte di Cassazione SS.UU. ult. cit.

<sup>95</sup> Sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, del 6 giugno 2018, n. 49731.

<sup>96</sup> Corre l’obbligo di segnalare anche l’esistenza di giurisprudenza non conforme all’indirizzo segnalato: in tempi meno recenti v. la sentenza della Corte Costituzionale del 23 luglio 2010, n. 282 (secondo la quale la norma italiana che stabilisce che la persona raggiunta dalle misure di prevenzione «non deve dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta» non sarebbe indeterminata, ponendo il chiaro «dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo (...), qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale»: par. 2.1; e la norma secondo la quale il soggetto deve «vivere onestamente» si risolve «nel dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle (...) prescrizioni, tramite le quali il dettato di “vivere onestamente” si concreta e si individua»: op. loc. ult. cit. Per il richiamo di altra giurisprudenza non conforme all’indirizzo segnato dalla Corte di Strasburgo si rinvia a F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca*, cit., *passim*.

### 3.3. (segue) L'accertamento della illegittimità costituzionale di parte della normativa sulle misure preventive personali

Tuttavia, il continuo ripetersi di ricorsi contro i provvedimenti di misure di prevenzione in corso di esecuzione ha infine determinato più corti a porre la questione di legittimità costituzionale al Giudice delle leggi, così da risolvere l'antinomia sul piano generale.

La Corte costituzionale si è pronunciata con due “sentenze gemelle”<sup>97</sup> (n. 24 e n. 25, ambedue del 24 gennaio 2019), nelle quali le questioni relative alle misure personali e patrimoniali si intrecciano strettamente, occupandosi la prima dei presupposti per l'applicazione delle misure personali e patrimoniali, la seconda del reato che sanziona la violazione delle prescrizioni imposte dalla misura di prevenzione personale<sup>98</sup>. Ancorché esaminino aspetti diversi, dunque, le due decisioni devono essere lette congiuntamente, l'una integrando l'altra e dimostrando comunque un *idem sentire*. Questo è il motivo per il quale, nonostante la sentenza europea nel caso *de Tommaso* si occupi soltanto delle misure personali, in apertura di questo commento<sup>99</sup> si è fatto qualche sintetico cenno anche alle misure patrimoniali.

La sentenza n. 24 è stata adottata a seguito delle ordinanze rimesse dalla Corte d'Appello di Napoli, dal Tribunale di Padova e dal Tribunale di Udine. Essa prende in considerazione la legittimità costituzionale dell'art. 1, lett. a) e b), del Codice antimafia. Nei confronti della prima delle due norme la Corte rileva la sua «*radicale imprecisione*», dal momento che la giurisprudenza nomofilattica della Corte di Cassazione non è riuscita a «*riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile ex ante per l'interessato, il disposto (...)*» che riguarda la definizione della locuzione di traffici delittuosi. Infatti, pur tentando di percorrere la soluzione dell'integrazione della norma legislativa per via giurisprudenziale non solo non si è pervenuti a un'unica, congruente, definizione della stessa espressione normativa, ma le definizioni volta a volta prospettate sono contraddistinte da una vaghezza tale da non soddisfare le esigenze prevedibilità e precisione della norma di legge<sup>100</sup>.

L'art. 1, lett. a), del Codice antimafia non giustifica dunque le misure personali limitative della libertà di movimento del soggetto implicato e le misure ablative di beni posseduti dallo stesso. Per questo motivo la Corte ne dichiara l'illegittimità alla luce tanto dagli artt. 13 e 42 della Costituzione, quanto dall'art. 117.1 della stessa, in relazione al contenuto degli artt. 2 del Protocollo n. 4 e 1 del Protocollo addizionale alla CEDU.

---

<sup>97</sup> Utilizzo un'espressione assai evocativa che è stata coniata allorché la stessa Corte Costituzionale è intervenuta nel 2007 con due “sentenze gemelle” (nn. 348 e 349), anch'esse in materia di adempimento di obblighi internazionali, specificamente derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>98</sup> Specificamente sulle connessioni fra le due sentenze nn. 24 e 25 v. S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte EDU*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 marzo 2019; M. Pelissero, *Le misure di prevenzione*, cit., specific. par. 4.

<sup>99</sup> *Supra*, par. 1.1.

<sup>100</sup> Par. 12.3. sent. ult. cit.

Non ricadono, invece, sotto le stesse censure di illegittimità costituzionale le norme che stabiliscono in quali casi una persona possa essere soggetta alle misure di prevenzione tanto personali che patrimoniali, come stabilito dagli artt. 1, lett. b), e 6 del Codice antimafia: sulla base della giurisprudenza più sopra richiamata, infatti, la Corte reputa congruamente predeterminabili i «*tipi di comportamento (...) assunti a presupposto della norma*»<sup>101</sup>.

La sentenza n. 25 origina dall'ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione del 26 ottobre 2017<sup>102</sup> che solleva la questione di costituzionalità dell'articolo 75.2 del Codice antimafia a motivo della sua indeterminatezza nella parte in cui prevede come delitto l'inosservanza di prescrizioni quali quelle di «*vivere onestamente*» e di «*rispettare le leggi*». Come si vede, anche questa sentenza è la diretta conseguenza della giurisprudenza europea nel caso *de Tommaso*. La Corte dichiara parzialmente illegittimo l'art. 75, nella parte (comma 2) sollevata dal giudice remittente, nonché nella parte (comma 1) in cui prevede come reato contravvenzionale l'inosservanza delle prescrizioni in questione.

L'ipotesi di pericolosità generica è stata dunque esorcizzata, essendo stato finalmente allontanato il rischio di una deriva verso un diritto penale d'autore<sup>103</sup>.

#### 4. Le prospettive future

Non si può infine che concordare con quanto già scritto a proposito del valore “di sistema” di questa giurisprudenza costituzionale, che dà un’*inquadratura prospettica (...) non più (...) tradizionale, (...) ma rovesciata, una prospettiva rights based che non procede più secondo una direzione dall’alto in basso, ma inversa, dal basso verso l’alto, esattamente come la Corte europea impone nell’affermare che, a prescindere dall’inquadramento formale e dalla natura giuridica delle singole misure di prevenzione, esse devono rispettare i presupposti, i criteri ed i limiti di ogni forma di ingerenza statale nelle libertà individuali, ossia base legale, finalità previste dalla legge, necessità e proporzionalità*»<sup>104</sup>.

Nonostante il contributo dato dalla giurisprudenza tanto di Cassazione che di Corte costituzionale sulla spinta della sentenza della Corte europea nel caso *de Tommaso* la soluzione conseguita nel pensiero di molti «*si rivela solo in parte appagante*»<sup>105</sup>: il sistema delle misure di prevenzione soffrirebbe di «*una evidente ambiguità*», nella prassi sempre più valutato come utile, in dottrina sempre più discusso<sup>106</sup>, dovendo

---

<sup>101</sup> Par. 12.2 sent. ult. cit.

<sup>102</sup> Ordinanza n. 49194, II sez. pen. Vedine un commento in F. Viganò, *Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, n. 10.

<sup>103</sup> Si veda R. Magi, *Per uno statuto unitario dell’apprezzamento della pericolosità. Le misure di prevenzione a metà del quado?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, n. 3, p. 135 ss.

<sup>104</sup> P. Bernazzani, *Report* su “Le misure di prevenzione”, Roma, 5 giugno 2019, pp. 5-6. Più in generale sulla «evoluzione significativa» impressa dalla Corte costituzionale con la propria giurisprudenza in materia penale si veda V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale*, in *Sist. pen.*, maggio 2020.

<sup>105</sup> G. Grasso, op. cit., p. 2.

<sup>106</sup> G. Grasso, op. cit., p. 1.

conclusivamente dare di esso un giudizio «*severamente negativo*»<sup>107</sup>; l'assetto conseguito sarebbe soltanto «*a metà del guado*», alla ricerca di sinergie non facili fra il sistema penale in senso stretto e il sistema di prevenzione<sup>108</sup>; le misure di prevenzione sarebbero «*diventate nell'applicazione giurisprudenziale figure onnivore*», capaci di esprimere un diritto penale dell'autore e non del fatto<sup>109</sup>; dunque da abbandonare (in particolare quelle patrimoniali) per evitare di rafforzare fraintendimenti attraverso l'uso spregiudicato delle etichette<sup>110</sup>; da eliminare in quanto fortemente limitative di diritti e libertà fondamentali<sup>111</sup>.

In particolare, a chiusura di queste poche note di commento della sentenza *de Tommaso*, desidero fermare l'attenzione su una questione dirimente, quella espressa nell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, alla quale si richiamano anche i giudici Sajó, Vučinić, e Kūris. L'opinione sposta l'enfasi delle argomentazioni dal piano della prevenzione a quello punitivo<sup>112</sup>, ciò implicando anche, conseguentemente, un diverso apprezzamento in ordine alla rilevanza dell'articolo 6 CEDU nel suo «*volei*» penale dalla prospettiva delle garanzie processuali applicabili al procedimento di applicazione delle misure di prevenzione e dei mezzi di ricorso interni esperibili<sup>113</sup>.

Non è questa la sede per approfondire la questione. Lo scopo che ci si prefigge è di dare qui soltanto alcuni spunti per la riflessione futura, prendendo a coordinate di riferimento le argomentazioni che sostengono la natura preventiva piuttosto che quella punitiva di siffatte misure<sup>114</sup>.

Sul primo fronte si trovano allineati le Corti (Costituzionale italiana, di Cassazione, europea dei diritti dell'uomo). Quanto a quest'ultima, è l'impianto della motivazione della sentenza *de Tommaso* a darne conto<sup>115</sup>. Per la Corte Costituzionale le misure di prevenzione personali non hanno carattere sanzionatorio-punitivo, bensì «*una chiara finalità preventiva (...), mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto*»<sup>116</sup>.

Non viene tuttavia esclusa la natura afflittiva di esse, ma questa portata viene considerata una conseguenza collaterale delle necessarie misure di controllo. Comportando pur sempre una restrizione della libertà personale dell'individuo l'ordinamento italiano presenterebbe ulteriori presidi extra-penal, oltre a quanto disposto dall'art. 2 del Protocollo n. 4: la riserva di giurisdizione (richiesta dall'art. 13 della Costituzione

---

<sup>107</sup> Op. ult. cit., p. 36.

<sup>108</sup> R. Magi, op. cit., p. 146.

<sup>109</sup> M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione*, cit., p. 445.

<sup>110</sup> A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 394.

<sup>111</sup> A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, *passim*.

<sup>112</sup> Parr. 2-11 opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, che sottolinea la scarsa propensione della Corte europea a «*contrastare questa "errata etichettatura della realtà" (frode delle etichette)*» (specific. par. 9).

<sup>113</sup> Parr. 32-58 op. ult. cit.

<sup>114</sup> In modo assai approfondito invece F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca*, cit., specific. pp. 887-894.

<sup>115</sup> *Supra*, par. 2.2., nel testo all'altezza dell'esponente di nota 72.

<sup>116</sup> Sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019, cit., par. 9.7.1.

ma non dalla Convenzione di salvaguardia) aggiungendosi alla riserva di legge pretesa da ambedue i sistemi normativi, sarebbe in grado di elevare addirittura il livello delle garanzie convenzionali<sup>117</sup>.

A questa posizione si affianca anche parte della dottrina<sup>118</sup>, qualcuno anche utilizzando l'espressione di carattere para-penale delle misure di prevenzione, qualificandole come misure non *ante delictum*, bensì, *ante nova delicta*<sup>119</sup>.

Sostiene la natura punitiva (anzi fortemente punitiva) delle misure di prevenzione tanto personali che patrimoniali – in quanto «*misura di reazione ad una serie di reati accertati*»<sup>120</sup> – altra autorevole dottrina<sup>121</sup>, che si appoggia anche a giurisprudenza di legittimità<sup>122</sup>.

Nonostante questa divisione in campi opposti, un dato è comunque generalmente condiviso: quello relativo all'esigenza di una profonda riflessione che si impone, non essendo state comunque al momento risolte tutte le questioni problematiche sottese all'applicazione delle misure di prevenzione, vuoi sul piano del rafforzamento delle garanzie processuali<sup>123</sup> anche tramite la ridelineazione di un «*giusto procedimento di prevenzione*»<sup>124</sup>, vuoi, limitatamente a quelle a contenuto patrimoniale, con una rivisitazione radicale del loro posizionamento nell'ambito del diritto civile<sup>125</sup>.

Si può infine auspicare che, nel contrasto di posizioni tanto della giurisprudenza quanto della dottrina, possa rivelarsi utile il ricorso alla procedura di parere consultivo messa in campo dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione di salvaguardia, quando (e se) l'Italia provvederà a ratificarlo<sup>126</sup>.

---

<sup>117</sup> Sent. ult. cit., par. 9.7.3.

<sup>118</sup> D. Pulitanò, *Relazione di sintesi. Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, p. 638; F. Menditto, *La sentenza de Tommaso c. Italia*, cit.; F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca*, cit.

<sup>119</sup> R. Magi, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali*, cit., p. 146.

<sup>120</sup> G. Grasso, op. cit., p. 4.

<sup>121</sup> Si segnala in particolare per la forza delle argomentazioni (e per rappresentare esso la sintesi del pensiero del primo autore e il condensato della citata opinione dissenziente che accompagna la sentenza *de Tommaso*) il contributo di A.M. Maugeri, P. Pinto de Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello*, cit.

<sup>122</sup> Corte di Cassazione, V sez. pen., sentenza del 13 novembre 2012, n. 14044.

<sup>123</sup> G. Grasso, op. cit., par. conclusivo.

<sup>124</sup> F. Menditto, *La sentenza de Tommaso c. Italia*, cit., pp. 172-174.

<sup>125</sup> F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca*, cit., pp. 909-918.

<sup>126</sup> L. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 2017, n. 3.



## **Dispositivi sessuali. Il diritto alla prova del sesso artificiale**

A cura di **Prof. Alberto Artosi<sup>1</sup>** e **Dott. Luigi Russi<sup>2</sup>**

### **ABSTRACT**

Realdoll e sexbot costituiscono la nuova frontiera del sesso tecnologico. I sexbot (robot sessuali), in particolare, oltre a replicare in maniera realistica le caratteristiche fisiche dell'essere umano, sono dotati di un sofisticato dispositivo di intelligenza artificiale che li mette in grado di eseguire funzioni evolute come condurre una conversazione a sfondo sessuale, riconoscere mediante telecamere inserite negli occhi il proprio partner e, addirittura, assumere diverse personalità (oltre che diverse sembianze) a seconda delle preferenze del suo utilizzatore. Il dato più rilevante è che simili dispositivi si stanno rapidamente diffondendo in molti paesi, europei e non. Di conseguenza, il fenomeno è destinato a sollevare parecchi interrogativi. Tolti gli psicologi, che sono già da qualche tempo al lavoro sul loro terreno, la parola sembra spettare soprattutto a coloro che si occupano di etica (o meglio: roboetica). Coloro che si occupano di diritto non sembrano invece ancora avvertiti del problema o sembrano ritenere che non sia ancora arrivato il momento di occuparsene. È assunto fondamentale di questo saggio che il momento non solo sia arrivato, ma che sia necessario avviare fin d'ora una discussione per evitare che, come è già accaduto fin troppo spesso con le nuove tecnologie, la crescita esponenziale del fenomeno colga il diritto impreparato. Il secondo assunto è che il compito del giurista, in relazione a questo che appare sempre di più come un futuro già cominciato, non è quello di adagiarsi sulle certezze del diritto positivo, ma di ipotizzare gli eventuali scenari che potrebbero mettere in crisi tali certezze e di immaginare, fin dove possibile, le possibili soluzioni. Gli scenari delineati in questo saggio si concentrano in particolare su a) il

---

<sup>1</sup> Professore ordinario di Teoria del diritto e, successivamente, di Logica e argomentazione giuridica e Fondamenti di logica giuridica presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Bologna. Nel corso della sua carriera di studioso si è occupato di logica, teoria dell'argomentazione, logica del pensiero normativo e delle dottrine morali, epistemologia giuridica e, recentemente, delle nuove forme di regolazione.

<sup>2</sup> Dottore magistrale in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi Alma Mater Studiorum di Bologna. Collabora con la cattedra di Logica e Argomentazione Giuridica. Ha conseguito un Master di II livello presso la Scuola di Specializzazione per le professioni legali "Enrico Redenti" di Bologna. Ha svolto uno stage di formazione professionale presso il Tar di Bologna e presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna.

possibile uso illegittimo dei dati eventualmente acquisiti attraverso i dispositivi di cui il sexbot è dotato; b) le problematiche connesse con la produzione di sexbot con le sembianze fisiche di persone reali, soprattutto nel caso in cui c) la persona riprodotta sia un minore; d) le ricadute in termini di politica criminale nei confronti delle categorie dei sex offender; e) l'impatto del fenomeno sulla materia civilistica del diritto di famiglia e f) del diritto risarcitorio, e g) gli influssi negativi sull'immagine sociale della donna. Il paragrafo finale, aggiunto come poscritto dopo il verificarsi dell'epidemia da coronavirus, espone alcune riflessioni sugli effetti che le misure adottate dai vari governi per fronteggiare l'emergenza hanno avuto nell'incrementare l'utilizzo di dispositivi tecnologici per finalità sessuali.

## **ABSTRACT**

Realdoll and sexbot constitute the new frontier of technological sex. Sexbots (sexual robots), in particular, in addition to realistically replicating the physical features of the human being, are equipped with a sophisticated artificial intelligence device that enables them to perform advanced functions such as conducting a conversation with a sexual background, recognize their partner through cameras inserted into the eyes and even assume different personalities (as well as different appearances) according to the preferences of its user. What is most relevant is that such devices are rapidly spreading in many countries, European and non-European. Consequently, the phenomenon is bound to raise several questions. Apart from the psychologists, who have already been working on the subject, it seems that it is mainly up to the ethics (i.e. roboethics) scholars to deal with the issue. On the other hand, legal scholars do not seem to have so far been warned of the problem or seem to believe that the time has not yet come to deal with it. It is a fundamental assumption of this essay that the time has not only arrived, but that it is necessary to start a discussion right now to avoid that, as has already happened all too often with new technologies, the exponential growth of the phenomenon seizes the law unprepared. The second assumption is that the jurist's task, in relation to what appears more and more like a future that has already begun, is not to rest on the certainties of positive law, but to hypothesize prospective scenarios that could undermine such certainties and to imagine, as far as possible, possible solutions. The scenarios outlined in this essay focus in particular on a) the possible illegitimate use of data acquired through the devices the sexbot is equipped with; b) the problems connected with the production of sexbots with the physical features of real people, especially if c) the reproduced person is a minor; d) the repercussions in terms of criminal policy towards the categories of sex offenders; e) the impact of the phenomenon on the family law and f) on the right to compensation, and g) the negative influences on the social image of women. The final section, added as a postscript after the occurrence of the coronavirus epidemic, sets out some reflections on the effects that the measures adopted by the various governments to deal with the emergency have had in increasing the use of technological devices for sexual purposes.



## PAROLE CHIAVE

Dispositivi sessuali, Sesso artificiale, Intelligenza Artificiale, Etica, Diritto

**Sommario:** 1. Tecnologie del sesso – 2. Apocalittici e integrati – 3. Inquadramento giuridico del sexbot e primi dubbi giuridici – 4. Facciamo il sexbot a nostra immagine e somiglianza. E quando l'immagine è di altri? – 5. I sexbot e la pedofilia – 6. I sexbot e la capacità di intendere e di volere. Una perplessità – 7. Un *sexbot* per due o un *sexbot* tra i due? Si può essere gelosi di un robot? – 8. Quando il partner si può “rompere”, chi te lo paga? – 9. Femminismo robotico – 10. Conclusioni – Poscritto. Dispositivi sessuali e covid-19

### 1. Tecnologie del sesso

*Realdoll* e *sexbot* sono i nomi dei dispositivi che nel futuro prossimo ci consentiranno di realizzare le nostre più sfrenate fantasie sessuali.<sup>3</sup> Le *realdoll* sono bambole raffiguranti prototipi femminili e maschili realizzate con materiali di avanguardia idonei a riprodurre al tatto una sensazione simile a quella del contatto umano (i dispositivi più evoluti sono addirittura in grado di riprodurre il calore e le secrezioni tipici degli esseri umani). Quando alla tecnologia più sofisticata in tema di materiali si unisce la tecnologia più avanzata in tema di intelligenza artificiale nascono i *sexbot*, abbreviazione di *sex robot*: robot sessuali. Oltre a replicare tutte le caratteristiche fisiche dell'essere umano, i *sexbot* sono in grado di eseguire funzioni evolute come condurre una conversazione a sfondo sessuale, riconoscere mediante telecamere inserite negli occhi il proprio interlocutore e addirittura simulare – se adeguatamente sollecitate – un orgasmo. Inoltre, sorridono, sbattono le ciglia, adeguano lo sguardo alla situazione in cui si trovano, amano essere accarezzati e, quando non si rivolgano loro le giuste attenzioni, ricordano al loro possessore di farlo. Sono altresì capaci di memorizzare le preferenze sessuali del proprio partner nonché di manifestare interesse alla “crescita” del rapporto sessuale coinvolgendo l'utilizzatore in un gioco la cui posta è scoprire fin dove il *sexbot* può spingersi.

---

<sup>3</sup> La letteratura sulle caratteristiche, l'uso e la diffusione di tali dispositivi è già nutrita e si va rapidamente espandendo. Per un primo orientamento bibliografico si veda, oltre al pionieristico, e ormai classico, D. Levy, *Love and Sex with Robots. The Evolution of Human-Robot Relationships*, HarperCollins, New York, 2007, A.D. Cheok et al. (eds.), *Love and Sex with Robots. Second International Conference, LSR 2016 London, UK, December 19–20, 2016 Revised Selected Papers*. Lecture Notes in Artificial Intelligence, Springer International Publishing AG 2017; A.D. Cheok et al., *Love and Sex with Robots*, in R. Nakatsu et al. (eds.), *Handbook of Digital Games and Entertainment Technologies*, Springer Science+Business Media, Singapore, 2017, 833 ss; A.D. Cheok, D. Levy (eds.), *Love and Sex with Robots. Third International Conference, LSR 2017 London, UK, December 19–20, 2017. Revised Selected Papers*. Lecture Notes in Artificial Intelligence, Springer International Publishing AG, 2018; e, in italiano, M. Balistreri, *Sex robot. L'amore al tempo delle macchine*, Fandango, Roma, 2018, al quale si rimanda per un'ampia e dettagliata trattazione dell'argomento.

Tutte queste funzioni sono generate da un dispositivo di intelligenza artificiale,<sup>4</sup> situato nel cranio del *sexbot*, che può essere comandato mediante un'app scaricabile su Android. La più singolare, fra le varie funzionalità dell'app, è quella che consente al proprietario di scegliere per il suo giocattolo sessuale una personalità conforme alle sue inclinazioni e ai suoi "gusti". Grazie al software di cui è dotato, il *sexbot* può infatti assumere diverse personalità comportandosi, a seconda delle preferenze, come una madre di famiglia, una compagna sessualmente disinibita, una teen inesperta da "ammaestrare" e, perfino, una donna frigida (Frigid Farrah, una delle personalità con cui è "editabile" il *sexbot* Roxxxxy,<sup>5</sup> sembra addirittura programmata per consentire al proprietario di praticare atti di sesso violento). A ciò si aggiunge la possibilità, offerta dalle case produttrici ai propri clienti, di scegliere tra diversi modelli che riproducono le più disparate sembianze fisiche, incluse quelle di minori di tutte le età<sup>6</sup> – o addirittura di crearne uno secondo le proprie preferenze estetiche, magari ispirandosi a una persona reale –, e il quadro è (per ora) completo.

Il dato più rilevante, se non più impressionante, è che *realdoll* e *sexbot* si stanno rapidamente e massicciamente diffondendo in molti paesi, europei e non. In Giappone, paese capofila nell'utilizzo di simili dispositivi sessuali, si registrano casi di utilizzatori che hanno lasciato le proprie mogli per potersi dedicare interamente ai loro partner artificiali, "gratificandoli" con il dono di case, gioielli, ecc., e arrivando fino a inscenare dei veri e propri matrimoni. Sempre in Giappone, alcuni studi hanno rilevato una diminuzione della natalità nelle zone in cui quei dispositivi erano maggiormente diffusi. In Germania e in Francia esistono già da tempo dei bordelli (ammesso che questo sia il termine pertinente), molto gettonati, serviti esclusivamente da *realdoll*.<sup>7</sup> In Italia, dove la diffusione di dispositivi sessuali tecnologicamente avanzati è ancora agli inizi, uno di questi bordelli, aperto con grande successo a Torino nel 2018, è stato successivamente chiuso dall'autorità pubblica per violazione delle norme igienico-sanitarie.<sup>8</sup>

Va da sé che il fenomeno che abbiamo descritto per rapidi cenni nei capoversi precedenti è destinato a sollevare – in realtà solleva già da adesso – parecchi interrogativi. Tolti gli psicologi, che sono già da qualche tempo al lavoro sul loro terreno,<sup>9</sup> la parola sembra spettare soprattutto a coloro che si occupano

---

<sup>4</sup> Si veda il sito [www.realbotix.com](http://www.realbotix.com).

<sup>5</sup> Roxxxxy è stato il primo *sexbot*, creato dalla *Truecompanion* e presentato al mondo nel 2010 nel corso dell'AVN Adult Entertainment Expo in Las Vegas con lo slogan: «Non può dare l'aspirapolvere, non sa cucinare, ma può fare quasi qualsiasi altra cosa, se capite quello che intendo».

<sup>6</sup> Dolls con fattezze infantili, o comunque estremamente giovanili, sono prodotte e commercializzate dalle giapponesi *Trottla* e *Orient Doll* e dall'americana *RealDoll*, talvolta, come nel caso della *Trottla*, sotto il pretesto del loro impiego a scopi terapeutici nella trattazione della pedofilia.

<sup>7</sup> Un fenomeno connesso e piuttosto diffuso, a causa dell'alto costo di questi dispositivi, è il loro noleggio. Alice, Ai, Mayu e Tina sono i modelli che vanno per la maggiore sul mercato giapponese. Siumi Le Chic e Mistress Luna sono disponibili per il noleggio a Londra.

<sup>8</sup> Sembra, infatti, che alcune case produttrici siano particolarmente restie a divulgare le tecniche di pulitura delle dolls.

<sup>9</sup> Ad esempio, P. Lin et al., *Robot Ethics. The Ethical and Social Implications of Robotics*, The MIT Press, Cambridge (Mass.), 2012, in part. Sez. V (psicologia ed etica); J.M. Szczuka, N.C. Krämer, *Influences on the Intention to Buy a Sex Robot. An Empirical Study on Influences of Personality Traits and Personal Characteristics on the Intention to Buy a Sex Robot*, in A.D. Cheok et al. (eds.), *Love and*

di etica (o meglio: roboetica).<sup>10</sup> Coloro che si occupano di diritto non sembrano invece ancora avvertiti del problema o sembrano ritenere che non sia ancora arrivato il momento di occuparsene<sup>11</sup>. È assunto fondamentale di questo saggio che il momento non solo sia arrivato, ma che sia necessario avviare fin d'ora una discussione per evitare che (come è già accaduto fin troppo spesso con le nuove tecnologie) la crescita esponenziale del fenomeno colga il diritto impreparato. Il secondo assunto, nell'accingerci a dare inizio alla discussione, è che il compito del giurista, in relazione a questo che appare sempre di più come un futuro già cominciato, non è quello di adagiarsi sulle certezze del diritto positivo, ma di ipotizzare gli eventuali scenari che potrebbero mettere in crisi tali certezze e di immaginare, fin dove possibile, le possibili soluzioni.

## 2. Apocalittici e integrati

Prima di cominciare ci pare opportuno accennare, sia pure quasi solo en passant, al dibattito sulle prospettive di utilizzo e i possibili rischi di questi dispositivi sessuali che si è andato sviluppando in conseguenza della loro diffusione. Al momento, tale dibattito tende a concentrarsi nei due opposti schieramenti di quelli che chiameremo, schematicamente, “apocalittici” e “integrati”. Gli integrati guardano in maniera ottimistica ai *sexbot* come assistenti sessuali per disabili e altri soggetti deboli o come possibili presidi terapeutici per il trattamento di vari tipi di problemi relazionali, oppure ipotizzano, in maniera altrettanto ottimistica, che la loro diffusione possa contribuire ad arginare il triste fenomeno della prostituzione. In taluni casi, si spingono fino a sostenerne l'utilità per i percorsi di recupero di pedofili e, in generale, *sex offender*, e come deterrente alla consumazione di reati sessuali.<sup>12</sup>

Agli integrati si contrappongono gli apocalittici che, al contrario, vedono pessimisticamente nell'uso di questi dispositivi, non solo una minaccia per la naturalità delle relazioni affettive umane e per l'immagine sociale della donna, ma anche un incentivo alla commissione di reati sessuali e, più in generale, all'insorgere di pulsioni antisociali. A loro avviso, infatti, i *sexbot* fornirebbero a stupratori e pedofili una palestra realistica, auto-fomentante e sempre disponibile in cui esercitare le loro perversioni.<sup>13</sup>

---

*Sex with Robots. Second International Conference*, cit., 78 ss; R. Richards et al., *Exploration of Relational Factors and the Likelihood of a Sexual Robotic Experience*, in A.D. Cheok et al. (eds.), *Love and Sex with Robots. Second International Conference*, cit., 97 ss.

<sup>10</sup> P. Lin et al., *Robot Ethics. The Ethical and Social Implications of Robotics*, cit.; J.P. Sullins, *Robots, Love, and Sex: The Ethics of Building a Love Machine*, in *IEEE Trans. Affect. Comput.*, 2012, 398 ss; B. Yulianto et al., *Philosophy of Information Technology: Sex Robot and its Ethical Issues*, in *Int. J. Soc. Ecol. Sustain. Dev. (IJSESD)*, 2015, 67 ss.

<sup>11</sup> Per quanto ne sappiamo, l'unico articolo esplicitamente dedicato a una tematica giuridica è J. Danaher, *Robotic Rape and Robotic Child Sexual Abuse: Should They be Criminalised?*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2017, 71 ss.

<sup>12</sup> Alla categoria degli integrati appartengono, oltre ovviamente a D. Levy e, in Italia, M. Balistreri, praticamente tutti gli autori che compaiono nei testi citati alla nota 2; si veda, ad esempio, per quanto riguarda specificamente il trattamento dei pedofili, M. Behrendt, *Reflections on Moral Challenges Posed by a Therapeutic Childlike Sexbot*, in A.D. Cheok, D. Levy (eds.), *Love and Sex with Robots. Third International Conference*, cit., 96 ss, e G. Zara, *La psicologia dei sexbot nel trattamento dei sex offender*, in M. Balistreri, *Sex robot. L'amore al tempo delle macchine*, cit., 225 ss.

<sup>13</sup> L'esponente più agguerrita e critica degli apocalittici è Kathleen Richardson, docente di etica e cultura robotica e di intelligenza artificiale presso l'Università De Montfort, Leicestershire, Gran Bretagna, che ha lanciato una vera e propria campagna per la messa al bando di *realdoll* e *sexbot*: cfr. K. Richardson, *The Asymmetrical "Relationship": Parallels between Prostitution*

È chiaro anche da queste scheletriche considerazioni che, come in tutti i dibattiti, le ragioni non pesano nettamente a favore di un partito<sup>14</sup> e che sarebbe comunque saggio evitare gli estremi. D'altra parte, ciò che è accaduto, e sta accadendo, sotto i nostri occhi mostra che esiste negli esseri umani una deplorabile tendenza a fare un pessimo uso anche delle migliori tecnologie. È da una considerazione del genere che nascono gli scenari giuridici prospettati di seguito.

### 3. Inquadramento giuridico del sexbot e primi dubbi giuridici

Nell'ordinamento interno attuale il *sexbot*, sebbene raffigurante un essere umano, dotato di intelligenza (artificiale) e memoria, capace di svolgere funzioni tipicamente umane o, comunque, di essere oggetto di emozioni e pulsioni, se non anche di riprodurle, altro non è che un bene e, in quanto tale, soggiace alla disciplina civilistica sulla proprietà, di cui agli art. 832 c.c. e seg., che ne regola l'acquisto, il possesso e il trasferimento. Il *sexbot*, quindi, entra a far parte come bene giuridico del patrimonio del proprietario ed è, pertanto, protetto dalle norme penali in tema di reati contro il patrimonio, di cui al titolo XIII del libro II del codice penale. Nei casi in cui il *sexbot* dovesse essere oggetto di attività economica, dovranno comunque essere rispettate le normative amministrative, quelle igienico sanitarie e, perfino, il regime tributario e fiscale previsto dalla legge per l'attività economica che si pone in essere. Sotto questo punto di vista, dunque, il *sexbot* non sembrerebbe niente di diverso da una qualsiasi macchina o dispositivo tecnologico avanzato. E tuttavia si ha l'immediata sensazione che le cose non stiano affatto così. Cerchiamo di capire perché.

Innanzitutto, come già precedentemente accennato, l'intelligenza artificiale di cui è dotato il *sexbot* è in grado di raccogliere informazioni attraverso le telecamere posizionate negli occhi e quindi di memorizzarle ed elaborarle anche con il supporto dell'app da cui è comandabile. Le app, com'è di comune conoscenza, al momento del download richiedono un'esplicita accettazione in merito al trattamento dei dati personali,<sup>15</sup> protetti dalla stringente normativa sulla privacy di cui al Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, che si propone di adeguare la normativa interna a quella di matrice europea, regolamentata dal GDPR, *General Data Protection Regulation - Regolamento UE 2016/679* entrato in vigore il 25 maggio 2018. I primi quesiti di natura giuridica che sorgono sono pertanto i seguenti: i dati raccolti dal *sexbot*,

---

*and the Development of Sex Robots*, in *ACM SIGCAS Comput. Soc.*, 2016, 290 ss; K. Richardson, *Sex Robot Matters: Slavery, the Prostituted, and the Rights of Machines*, in *IEEE Technol. Soc. Mag.*, 2016, 46 ss; K. Richardson, *Urgent – Why We Must Campaign to Ban Sex Dolls & Sex Robots*, 3 ottobre 2017, in <https://campaignagainstsexrobots.org/2017/10/03/urgent-why-we-must-campaign-to-ban-sex-dolls-sex-robots/>, visitato 4/1/2020. Si trova sostanzialmente in linea con gli argomenti della Richardson, R. Sparrow, *Robots, Rape, and Representation*, in *Int. J. Soc. Robot.*, 2017, 1 ss.

<sup>14</sup> Per un stringato confronto tra ragioni degli opposti partiti, emblematicamente rappresentati da Balistreri e Richardson v. P. Marrone, *Lovebots: tecnica, natura, sex robot*, in *D&Q*, 2018, 239 ss.

<sup>15</sup> Sono dati personali le informazioni che identificano o rendono identificabile, direttamente o indirettamente, una persona fisica e che possono fornire informazioni sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni personali, il suo stato di salute, la sua situazione economica.

anche mediante lettore ottico, sono resettabili? E, se lo sono, è possibile un backup dei dati? E, se non sono resettabili, i dati raccolti, inerenti a ogni tipo di pratica e preferenza sessuale, come ad esempio l'orientamento sessuale,<sup>16</sup> dove vanno a finire<sup>17</sup>? Vengono condivisi per essere rielaborati e rendere l'algoritmo alla base dell'intelligenza artificiale più affidabile e preciso? O vengono utilizzati per altri fini commerciali? Anche se tutte queste attività dovessero essere eseguite in modo totalmente conforme alla legge, resterebbero comunque altri interrogativi, come ad esempio: il software e l'app sono hackerabili? Di quale sistema di protezione<sup>18</sup> sono dotati i *sexbots*? L'hacker che riuscisse a entrare nel sistema riuscirebbe a comandare il *sexbot* e a impossessarsi delle informazioni<sup>19</sup> in esso contenute?

Per rendere più realistica l'idea ricorriamo a un esempio pratico. Si immagini che le fantasie sessuali di ogni singolo individuo che utilizza un *sexbot*, una volta messe in pratica con il dispositivo o semplicemente davanti ad esso, diventino informazioni immagazzinate nella memoria del dispositivo che possono essere hackerate, diffuse o, comunque, detenute da un soggetto estraneo o da una moltitudine di soggetti, ed eventualmente utilizzate per le più disparate finalità; in altre parole, si tratterebbe di una versione ancor più aggressiva del reato denominato *revenge porn*,<sup>20</sup> di cui si è recentemente occupato il legislatore e che desta non poco allarme sociale. L'espressione "*revenge porn*" concerne la diffusione illecita di immagini o di video sessualmente espliciti, vale a dire un comportamento che, dal 9 agosto del 2019, costituisce reato, ai sensi dell'art. 612 ter c.p., anche in Italia. Il delitto è stato introdotto al fine di contrastare la "moda" di diffondere foto e video hard realizzati con il consenso dell'interessato, ma diffusi senza la sua autorizzazione, andando così a ledere la privacy, la reputazione e la dignità della vittima.

Il fenomeno del *revenge porn* è strettamente legato al fenomeno del *sexting*, termine con cui si indica lo scambio di contenuti a sfondo sessuale tra due soggetti consenzienti. Il *sexting* si fonda sulla libera volontà delle parti di scambiarsi contenuti erotici a distanza; infatti, il reato si consuma quando la parte ricevente

---

<sup>16</sup> Il Regolamento (UE) 2016/679 (art. 9) ha incluso nella nozione dei dati c.d. "sensibili", cioè quelli relativi all'origine razziale o etnica, alle convinzioni religiose, filosofiche, alle opinioni politiche, all'appartenenza sindacale, alla salute o alla vita sessuale, anche i dati genetici, i dati biometrici e quelli relativi all'orientamento sessuale.

<sup>17</sup> La domanda è più che legittima. Se qualcuno ha dei dubbi vada a leggersi il recente volume di Shoshana Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, LUISS University Press, Roma, 2019.

<sup>18</sup> Sul tema si veda <https://www.cybersecurity360.it/cybersecurity-nazionale/cyber-security-la-guida-definitiva-per-la-corretta-implementazione-in-azienda/>, visitato il 14/1/2010.

<sup>19</sup> Sul punto cfr. C. Telmon. *Furto di identità: quali dati vengono rubati, a che scopo e quali proteggere*, 15 maggio 2019, in <https://www.cybersecurity360.it/nuove-minacce/furto-di-identita-quali-dati-vengono-rubati-a-che-scopo-e-quali-proteggere/>, visitato il 7/2/2020.

<sup>20</sup> Il *revenge porn* è un comportamento che è stato inizialmente reso possibile dalla tecnologia e si è radicato nella società con l'avvento di Internet (per un caso di cronaca recente vedi *Bologna, ricatto bot ad una ragazzina di 12 anni*, in *Il Resto del Carlino*, 1 novembre 2018, in [www.ilrestodelcarlino.it](http://www.ilrestodelcarlino.it)). Nella nota tripartizione di Sandywell tra *i*) «traditional criminal activities that are expanded or enhanced by the internet»; *ii*) «traditional criminal activities that are generalised and radicalised by the internet»; *iii*) «criminal activities that are created by the internet», la condotta in esame potrebbe essere annoverata, così come il *cyberbullying*, nella seconda categoria. Cfr. B. Sandywell, *On the Globalisation of Crime: the Internet and New Criminality*, in Y. Jewekes, M. Yar (eds), *Handbook of Internet Crime*, Routledge, London and New York, 2011, 38 ss. Nell'ordinamento italiano, parziale tutela rispetto ad alcune di queste condotte può essere offerta dall'art. 615-bis c.p. In effetti, oltre all'immobilismo sul piano legislativo, il tema non risulta nemmeno oggetto di specifici studi. Qualche attenzione, come vedremo tra breve, è stata rivolta al *revenge porn* solo nella prospettiva del c.d. *sexting* minorile.

diffonde illecitamente i contenuti oggetto dello scambio. Il *sexting* e il *revenge porn*<sup>21</sup> sono accomunati dalla consensualità, che si manifesta nella realizzazione del materiale di natura sessuale e nella presunzione che esso venga conservato dal soggetto con cui è stato realizzato o al quale è stato inviato. In entrambi i casi le norme sono finalizzate a vietare l'indebita diffusione, e non già anche la realizzazione.

Nel caso del *sexbot*, però, a essere hackerato e successivamente diffuso non sarebbe un singolo episodio sessuale o una pluralità quantitativamente definita di episodi, ma il flusso continuo di informazioni prodotte durante l'intero periodo di utilizzo del dispositivo, nel quale l'essere umano estrinseca la sua personalità sessuale più segreta e intima, talmente intima da non poter o non voler essere condivisa neanche con un partner umano. Giova osservare che l'utilizzatore del *sexbot* non manifesta il proprio consenso alla realizzazione del materiale pornografico, ma il proprio consenso – forse – esclusivamente alla raccolta e al trattamento dei dati personali, nel rispetto della normativa contenuta nel GDPR, *General Data Protection Regulation - Regolamento UE 2016/679*. Infatti, il materiale video e audio hard che venga realizzato non sarebbe oggetto di alcun consenso esplicito da parte dell'utilizzatore. Il livello di lesione del bene giuridico protetto dalla norma di cui all'art. 612 ter c.p., quale privacy, reputazione e dignità umana, sarebbe, nel caso del *sexbot*, estremamente elevato e difficilmente graduabile, tale da meritare una norma specifica che tenga conto di ogni possibile aggressione, interazione o intromissione illecita.

#### **4. Facciamo il sexbot a nostra immagine e somiglianza. E quando l'immagine è di altri?**

Il servizio di riproduzione personalizzata delle caratteristiche somatiche offerto agli acquirenti dalle case di produzione dei *sexbot* permette, come già si è detto, di scegliere i connotati fisici del proprio *sexbot*, rendendolo verosimilmente rassomigliante a un essere umano esistente – probabilmente non consenziente – o anche solo immaginario. Questa opzione desta diversi dubbi. In primis, ci si dovrebbe domandare se sia lecito produrre un *sexbot* con le caratteristiche fisiche, e magari anche caratteriali, di una persona senza averne ricevuto il consenso; a questo interrogativo la risposta non può che essere negativa. Ancor più dubbi desterebbe l'interrogativo appena esposto se a essere oggetto di riproduzione dovesse essere un minore. Nel sistema giuridico interno tanto il diritto all'immagine quanto la privacy sono oggetto di regolamentazione e di tutela da parte della legge per cui il consenso alla produzione di un *sexbot* con fattezze umane spetta unicamente al possessore naturale delle caratteristiche somatiche oggetto di riproduzione o, nel caso di un minore, ai genitori. La crescita tecnologica che connota l'evolversi della società ha inevitabilmente generato situazioni di maggiore esposizione della sfera di riservatezza, determinando un incremento esponenziale dei livelli di tutela del diritto. Pertanto, il diritto all'immagine

---

<sup>21</sup> G. Caletti, *Revenge porn e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 65 ss.

è il diritto di una persona a che la propria immagine non venga divulgata, esposta o comunque pubblicata senza il proprio consenso e, in ogni caso, fuori dalle ipotesi previste dalla legge.

Nello specifico, sebbene il diritto all'immagine non sia esplicitamente incluso tra i diritti inviolabili della personalità (ossia quelli che hanno a oggetto aspetti essenziali della personalità umana), la giurisprudenza ha unanimemente riscontrato il fondamento giuridico della tutela di tale diritto nell'art. 2 della Costituzione che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'individuo, sia nella sfera individuale che in quella collettiva. Nell'ipotetica situazione in cui la produzione di un *sexbot* avvenga a immagine e somiglianza di un essere umano senza il consenso di quest'ultimo, è da chiedersi se sia rilevabile esclusivamente una violazione del diritto all'immagine oppure – vista la finalità del *sexbot*, le pratiche per cui è utilizzato e il particolare realismo del dispositivo – anche, una lesione della dignità sessuale della persona. In tal caso, sarebbe possibile graduare i livelli di intensità di aggressione a un eventuale bene giuridico protetto? E nell'ottica di una possibile fattispecie penale, la condotta punita sarebbe quella del produttore, di chi commissiona la realizzazione del *sexbot* o del semplice utilizzatore finale?

Inevitabilmente l'ipotetica situazione appena descritta richiederebbe un intervento deciso del legislatore qualora si trovasse nella situazione di non poter vietare l'utilizzo di un dispositivo come il *sexbot*, a oggi perfettamente legale e, allo stesso tempo, dovesse prevedere fattispecie astratte di difficile immaginazione realistica o, compito ancor più arduo, ricondurre fattispecie naturali imprevedibili a fattispecie astratte già oggetto di legislazione.

## 5. I *sexbot* e la pedofilia

Per quanto riguarda i minori è indubbio, ma anche auspicabile, una continuità tra la normativa attuale di matrice internazionale<sup>22</sup> – orientata a prevenire e sanzionare ogni tipologia di offesa arrecabile al soggetto vulnerabile – e nuove fattispecie anch'esse idonee a prevenire oltre che a sanzionare qualunque tipo di intromissione, diretta o mediata, nella sfera sessuale dei minori. Tuttavia, anche in questo caso potrebbero crearsi alcune frizioni tra il diritto e la fattispecie naturale; infatti, sono ipotizzabili alcune situazioni di difficile risoluzione giuridica.

Ipotizziamo, ad esempio, che il genitore decida di far realizzare diversi *sexbot* raffiguranti il proprio figlio di cinque anni, magari senza un'esplicita finalità sessuale, e poi decida di rivendere i *sexbot* realizzati a immagine e somiglianza del minore. In questo caso quale sarebbe la fattispecie astratta a cui è riconducibile la condotta del genitore? Inoltre, in questo caso il bene giuridico protetto resterebbe sempre, come prevede la normativa attuale, la persona del minore? Indubbiamente sono rinvenibili dei profili ascrivibili al reato di pornografia minorile a norma dell'art. 600 ter c.p.; infatti, attraverso la norma

---

<sup>22</sup> Cfr. art. 3 c. 2 della Decisione Quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, art. 20 c. 3 della Convenzione di Lanzarote, nonché la Direttiva dell'Unione europea 2011/93/UE.

appena menzionata il legislatore vieta la realizzazione di materiale pornografico che ritragga minori, il reclutamento di minori finalizzato alla realizzazione di materiale pornografico, l'induzione del minore alla realizzazione del materiale in questione e la commercializzazione o, comunque, la diffusione del materiale realizzato, specificando che per pornografia minorile si intende ogni forma di riproduzione della figura o degli organi genitali del minore per scopi sessuali.<sup>23</sup>

È da sottolineare che, nel caso di cui sopra, a essere oggetto di sfruttamento<sup>24</sup> ovvero di utilizzo è l'immagine sessuale del minore,<sup>25</sup> in quanto il genitore pone in essere una vera e propria prostituzione dell'immagine sessuale del figlio, pur senza coinvolgerlo direttamente nella produzione del materiale o, in questo caso, del dispositivo. L'acquirente del *sexbot* potrebbe quindi essere punibile per detenzione di materiale pornografico ai sensi dell'art. 600 quater c.p.,<sup>26</sup> ma anche in questo caso la norma richiede che il materiale oggetto di divieto sia realizzato sfruttando i minori di anni 18. Difficilmente, dunque, la fattispecie di cui alla norma appena menzionata potrà ricondursi al possessore del *sexbot* "minorenne", in quanto il minore riprodotto<sup>27</sup> non è stato direttamente coinvolto nella realizzazione del materiale, che in questo caso è il dispositivo. Ancor più difficilmente potrà essere contestato il reato di cui all'art. 600 quater1. La norma di cui all'articolo appena citato, infatti, si riferisce esclusivamente alla riproduzione virtuale;<sup>28</sup> è escluso, quindi, che il *sexbot* possa rientrare in tale definizione. Innumerevoli altre perplessità si pongono nel confronto tra le fattispecie oggetto di legislazione e l'esempio sopra descritto (perplessità che non verranno espone in questa sede in quanto esulano dai limiti della presente trattazione). Sta di fatto che alcuni stati europei stanno iniziando a vietare l'ingresso di *sexbot* raffiguranti minori nel proprio territorio.

## 6. I *sexbot* e la capacità di intendere e di volere. Una perplessità

Come precedentemente affermato, alcuni psicologi auspicano la possibilità di utilizzare i *sexbot* a fini rieducativi o preventivi per i *sex offender* al fine eventuale di limitare il rischio di recidiva; altri invece

---

<sup>23</sup> Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale - Parte Speciale – Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 2019, p. 504 nt. 51.

<sup>24</sup> Cfr. G. Marra, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la terza via delle Sezioni Unite*, nota a Cass. Sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, Bove, in Cass. pen., 2001, p. 193.

<sup>25</sup> Su questi profili cfr. L. Picotti, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini*, in AAVV, *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007, 1, 267 ss.

<sup>26</sup> Cort. App. Milano, 12 marzo 2014, in *Dir. pen. cont.*, con nota di G. Sassaroli, *In tema di detenzione di materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto: una sentenza assolutoria della Corte di Appello di Milano*.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. III, n. 10981 del 4 marzo 2010. In virtù della definizione contenuta nell'art. 1 della decisione quadro del Consiglio europeo n. 2004/68/GAI del 22.12.2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile «si deve intendere per bambino una persona d'età inferiore ai diciotto anni e per pornografia infantile un materiale che ritrae o rappresenta visivamente: i) un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica; ii) una persona reale che sembra essere un bambino, implicata o coinvolta nella suddetta condotta; iii) immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta».

<sup>28</sup> Cfr. M. Faccioli, *Minori nella rete. Pedofilia, pedopornografia, deepweb, social network, sexting, gambling e cyberbullismo nell'era digitale*, Key, Milano, 2015, 13 ss.



asseriscono che questi dispositivi possono generare una specializzazione e umanizzazione del comportamento sessualmente aggressivo. In ogni caso, la diffusione di tali dispositivi non può che suscitare dubbi e interrogativi circa quelle che potrebbero essere le ricadute sociali in termini di politica criminale nei confronti delle categorie dei *sex offender*.<sup>29</sup> Infatti, se interagire sessualmente con un robot entrasse a far parte delle parafilie, cioè di quei comportamenti sessuali atipici che possono generare uno stato di dipendenza alienante del soggetto assimilabile a un'intossicazione cronica, quale potrebbe essere la risposta del legislatore? Assumerebbe nei confronti dei *sex offender* affetti da tale parafilia la stessa posizione assunta nei confronti dei pedofili o arretterebbe la pretesa punitiva di fronte a soggetti contemporaneamente incapaci di intendere e di volere?

## 7. Un sexbot per due o un sexbot tra i due? Si può essere gelosi di un robot?

Un ulteriore interrogativo coinvolge la materia civilistica del diritto di famiglia: fare sesso con un *sexbot* può essere considerato tradimento? Invero, sarebbe troppo ardito considerarlo adulterio, in quanto l'adulterio è una relazione sentimentale o sessuale fra due persone delle quali almeno una coniugata con un'altra, consistendo quindi in una violazione della fedeltà coniugale. Secondo la legge, l'obbligo di fedeltà coinvolge anche la sfera emotiva, andando oltre i rapporti carnali. Un coniuge è fedele all'altro se, oltre a non intrattenere rapporti sessuali con altre persone, conserva con l'altro un'intimità esclusiva. Secondo la Suprema Corte di Cassazione, anche un'infedeltà meramente platonica potrebbe giustificare la richiesta di separazione con addebito. In un rapporto matrimoniale, la fedeltà di affetti diventa pertanto la componente di una fedeltà più ampia,<sup>30</sup> che si traduce nell'obbligo di non ledere la dignità e il decoro del coniuge (Cass., sent. n. 15557/2008). La violazione dell'obbligo di fedeltà comporta la violazione di uno specifico precetto normativo. Il coniuge fedifrago diventa inadempiente nei confronti dell'altro coniuge con tutte le conseguenze giuridiche del caso, in primo luogo che il coniuge tradito può chiedere l'addebito della separazione, consistente nell'attribuire all'altro coniuge la colpa della fine del matrimonio. Il coniuge che ha subito il tradimento può anche ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'infedeltà. È da notare come ogni riferimento a un soggetto terzo rispetto alla relazione coniugale è da imputarsi esclusivamente a una persona non concependosi né da parte della legge né da parte dell'interprete alcun tipo di rilevanza agli oggetti.

---

<sup>29</sup> Cfr. J. Danaher, *Robotic Rape and Robotic Child Sexual Abuse: Should They be Criminalised?*, cit.

<sup>30</sup> Cfr. E. Falletti, *Le radici del dovere di fedeltà alla luce delle recenti evoluzioni del diritto di famiglia*, in *Quest. giust.*, 2017, [https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/le-radici-del-dovere-di-fedelta-alla-luce-delle-recenti-evoluzioni-del-diritto-di-famiglia\\_453.php](https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/le-radici-del-dovere-di-fedelta-alla-luce-delle-recenti-evoluzioni-del-diritto-di-famiglia_453.php)

Ma veniamo al caso che ci interessa. Alcuni studi hanno rilevato una propensione media elevata ad accettare che il partner abbia rapporti sessuali con un *sexbot*.<sup>31</sup> Ovviamente, se il partner acconsente *nulla quaestio*; ancor meno se – possibilità ammessa anche dagli apocalittici più intransigenti – il *sexbot* è usato dai partner per i loro giochi di coppia. Tuttavia, e alcuni episodi avvenuti in altri stati lo dimostrano, possono crearsi dinamiche difficilmente prevedibili. Supponiamo, ad esempio, che a lungo andare uno dei partner inizi a nutrire sentimenti amorosi nei confronti del *sexbot* – comportamento che non dovrebbe stupire<sup>32</sup> visto la spiccata tendenza che l'essere umano ha ad antropomorfizzare ogni cosa – e, perfino, a comprare oggetti costosi da regalarli<sup>33</sup> e a negarsi ad ogni tipo di interazione interna alla coppia tipica del rapporto tra coniugi.<sup>34</sup> In questo caso, il rapporto – se di rapporto si può parlare – tra il coniuge e il *sexbot* potrà intendersi come causa di attribuzione della separazione in una causa matrimoniale instaurata dal coniuge trascurato? E, ancora, se non può intendersi come adulterio il rapporto sessuale o la relazione sessuale con il *sexbot*, dovrà comunque avere una qualche rilevanza giuridica la possibile affezione al *sexbot* o quanto meno la disaffezione nei confronti del coniuge?

## 8. Quando il partner si può “rompere”, chi te lo paga?

Il rapporto affettivo che può crearsi tra un essere umano e un *sexbot* può generare situazioni al limite della prevedibilità giuridica. Ad esempio, supponendo ancora che un essere umano si sia innamorato di un *sexbot* – e, insistiamo, non ci sarebbe da stupirsi visto lo spiccato antropomorfismo dell'essere umano – quale frustrazione<sup>35</sup> o patema d'animo potrebbe generargli il furto o il danneggiamento del *sexbot*? Sarebbe una frustrazione tale da essere risarcibile in sede civile? E a quale titolo? E se l'affezione nei confronti di un *sexbot* diventasse un fenomeno tale da coinvolgere una parte considerevole di consociati, il legislatore, al fine di proteggere il sentimento del proprietario verso il dispositivo sessuale, dovrebbe tenerne conto magari modificando o creando fattispecie di reato idonee a sanzionare comportamenti finalizzati alla sottrazione o al deterioramento dei *sexbot*?

---

<sup>31</sup> Cfr. Il 40.3% dei partecipanti a uno studio condotto su un campione di 263 maschi si sono dichiarati disponibili ad avere rapporti sessuali con un robot entro i prossimi cinque anni: cfr. M. Szczuka, N.C. Krämer, *Influences on the Intention to Buy a Sex Robot*, cit.

<sup>32</sup> Non solo non dovrebbe stupire, ma è addirittura già oggetto di studio da parte dei teorici delle relazioni umani-robot, si veda ad esempio N. Liberati, *Being Riajuu. A Phenomenological Analysis of Sentimental Relationships with “Digital Others”*, in A.D. Cheok, D. Levy (eds.), *Love and Sex with Robots. Third International Conference*, cit., 12 ss. La possibilità di intense e soddisfacenti relazioni sentimentali era del resto già stata preconizzata dal guru del sesso artificiale David Levy nel suo *Love and Sex with Robots*, cit. Più recentemente, Levy è andato molto oltre tale possibilità: D. Levy, *Why Not Marry a Robot?*, in A.D. Cheok et al. (eds.), *Love and Sex with Robots. Second International Conference*, cit. 3 ss e D. Levy, *Keynote Speech: Can Robots and Humans Make Babies Together?*, in A.D. Cheok, D. Levy (eds.), *Love and Sex with Robots. Third International Conference*, cit. Per quanto ci riguarda riteniamo ancora prematuro occuparci qui di questi possibili sviluppi.

<sup>33</sup> Ovviamente, il *sexbot*, non essendo un soggetto di diritto, non può possederli né acquisirne a qualunque titolo la proprietà, così che gli oggetti regalati non uscirebbero comunque dalla sfera patrimoniale dell'acquirente.

<sup>34</sup> Cfr. V. Carbone, *L'irreversibile crisi della coppia legittima l'adulterio, rendendo non addebitabile la separazione?*, in *Fam. Dir.*, 1999, p. 105.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 7766 del 20 aprile 2016.

## 9. Femminismo robotico

I *sexbot* sono per lo più modelli che interpretano simbolicamente il desiderio tipicamente maschile di possedere una donna sessualmente ed esteticamente perfetta, sempre disponibile e intercambiabile, praticamente una sorta di schiava sessuale robotica, ciò che, come abbiamo già avuto modo di dire, secondo alcuni influirebbe negativamente sull'immagine sociale della donna degradandola a mero oggetto di piacere. A parere di molti questo fenomeno andrebbe arginato, ma, pur volendo accogliere queste obiezioni meritevoli di ascolto, sarebbe difficile concepire in che modo il legislatore possa intervenire, se non vietandone in modo tassativo la vendita, ciò che, a parere di altri, comporterebbe un'eccessiva compressione della libertà di autodeterminazione dell'individuo e della libertà di iniziativa economica, tenendo anche conto che gli utilizzi di un *sexbot* non per forza devono risultare nocivi per la collettività o per il singolo e che anzi, come già sottolineato, potrebbero rappresentare dei presidi idonei alla cura o alla riabilitazione di diverse categorie di soggetti.

## 10. Conclusioni

In un racconto apparso in una profetica antologia di fantascienza sessuale risalente all'ormai lontano 1967<sup>36</sup>, si immagina che un sofisticato *sexbot* (ma allora in termine non era ancora in uso), innamoratosi del bel tecnico addetto alla sua manutenzione, uccida con un'overdose di piacere sessuale la sua dispotica e gelosa padrona, il che solleva immediatamente un altro interrogativo: e se a commettere un crimine fosse un robot? Il motivo per cui non ci siamo posti qui questo interrogativo è che abbiamo ritenuto una simile eventualità ancora troppo fantascientifica per poter essere presa sul serio. Tuttavia, data l'inquietante tendenza della fantascienza degli ultimi cinquant'anni a realizzarsi, non ce la sentiamo di escludere che in futuro potremmo dover essere chiamati a ipotizzare anche uno scenario del genere. Nel frattempo urge indagare gli scenari tutt'altro che fantascientifici che ormai incombono – sia quelli che abbiamo delineato, sia innumerevoli altri che rimangono da ipotizzare – se, come abbiamo insistito fin dall'inizio, non vogliamo che il diritto arrivi impreparato all'appuntamento con il futuro che è già cominciato.

---

<sup>36</sup> Belen, *Il sebotario dei sensi*, in A. Vairo (a cura di), *Fantasesso*, Feltrinelli, Milano, 1967, 86 ss.

## Poscritto. Dispositivi sessuali e covid-19

Questo articolo è stato scritto prima che il *Covid 19* facesse il suo ingresso nella quotidianità del mondo intero e che i governi si vedessero costretti ad adottare misure eccezionali finalizzate al contenimento dell'epidemia. Di conseguenza, gli autori hanno ritenuto che valesse la pena di far seguire al corpo dell'articolo un poscritto contenente alcune riflessioni sulle possibili conseguenze dei cambiamenti che sono stati generati dall'avvento del virus tanto nella fase di *lockdown* che nella fase di riapertura. Le misure adottate da vari governi mondiali sono consistite principalmente in limitazioni delle libertà personali, come la libertà di spostarsi e di riunirsi, che hanno inevitabilmente causato anche una compressione della sfera sessuale dei singoli incentivando, di riflesso, attività sessuali solitarie o a contatto digitale. I dati rivelano, infatti, che durante la fase acuta del *lockdown* la vendita di dispositivi sessuali è aumentata del 50%<sup>37</sup> e alcuni fenomeni, estremamente radicati nella società, come la prostituzione si sono adattati al rispetto delle restrizioni spostandosi da un contatto diretto a un contatto distanziato di tipo digitale (ad esempio, appuntamenti via webcam).<sup>38</sup> In tale situazione, i dispositivi sessuali tecnologici sono stati percepiti come una soluzione al problema dell'isolamento sessuale causato dall'emergenza epidemica, come dimostra il caso delle recenti normative introdotte in Inghilterra<sup>39</sup> o in Corea del Nord<sup>40</sup> finalizzate a limitare i rapporti sessuali tra adolescenti e non, oltre che la diffusione del Covid-19, complice la paura del contagio che può derivare dalla frequentazione di partner sessuali occasionali e abituali.<sup>41</sup> È comunque prevedibile che l'esigenza di sessualità condivisa spingerà i singoli a ricercare nuove possibilità di soddisfazione delle proprie esigenze sessuali. Non può essere dunque un caso che durante il *lockdown* i *sexbot* siano stati oggetto di pubblicità, forse involontaria, anche se nel mondo dei *social* è ormai difficile immaginare fenomeni involontari, specialmente da parte di chi, possedendo un numero sconcertante di seguaci, ne influenza le preferenze. Il cantante colombiano di latino-americano Maluma durante la quarantena ha postato su *instagram*, su cui vanta 51,2 milioni di *follower*, diversi video e foto che lo ritraevano insieme a una *doll*, generando milioni di commenti da parte dei suoi seguaci. Il notissimo *dj* di fama internazionale Bob Sinclair il 17 aprile 2020 durante un *dj set live* da casa sua, poi caricato su *youtube*, oggi all'attivo di 642.589 visualizzazioni, si è ripreso con dietro in bella vista un modello di *sexbot*,

---

<sup>37</sup>[https://www.repubblica.it/tecnologia/socialnetwork/2020/03/27/news/sesso\\_al\\_tempo\\_del\\_coronavirus\\_tra\\_speed\\_dating\\_e\\_sex\\_toy-252450898/](https://www.repubblica.it/tecnologia/socialnetwork/2020/03/27/news/sesso_al_tempo_del_coronavirus_tra_speed_dating_e_sex_toy-252450898/); <https://www.affaritaliani.it/costume/mysecretcase-amore-che-riunisce-ai-tempi-della-quarantena-661060.html>.

<sup>38</sup> A prova di quanto appena detto si possono citare alcuni siti pubblicitari come *escort advisor* e *escortforum.it*, ma anche l'intervista apparsa nel programma televisivo *le Iene* andato in onda su Italia 1 martedì 9 maggio 2020.

<sup>39</sup>[https://www.corrieredellosport.it/news/attualit/cronaca/2020/06/070387117/regno\\_unico\\_niente\\_sesso\\_per\\_chi\\_non\\_vive\\_insieme/](https://www.corrieredellosport.it/news/attualit/cronaca/2020/06/070387117/regno_unico_niente_sesso_per_chi_non_vive_insieme/).

<sup>40</sup> <https://tg24.sky.it/mondo/2020/06/02/corea-del-nord-kim-vieta-sesso-tra-adolescenti>.

<sup>41</sup> Vi sono alcuni fenomeni di interessante rilievo sociale. Infatti, se da un lato l'Inghilterra vieta, con decorrenza dal 2 giugno 2020, gli incontri privati in abitazioni o in luoghi privati, di fatto contrastando la sessualità tra non conviventi, dall'altro in America si assiste al fenomeno dei *covid party*, veri e propri *party* privati in cui viene incoraggiata la trasmissione del covid-19. [https://www.ilmessaggero.it/mondo/covid\\_party\\_cosa\\_sono\\_contagio\\_news\\_ultime\\_notizie-5217751.html](https://www.ilmessaggero.it/mondo/covid_party_cosa_sono_contagio_news_ultime_notizie-5217751.html).

attestando così, quanto meno, di possederne uno. Le case di produzione di *sexbot* hanno prontamente annunciato che i nuovi modelli, entro fine anno, saranno dotati di un simulatore della respirazione e un simulatore del battito cardiaco.<sup>42</sup> Questo dato apparentemente innocuo dovrebbe far riflettere. Respiro e battito cardiaco sono segni per antonomasia di vita e dunque si può pensare che la loro implementazione nei *sexbot* avrà degli effetti psicologici di notevole portata, stimolando ulteriormente il già congenito antropomorfismo degli esseri umani e favorendo ancor più l'insorgere di pulsioni affettive verso le macchine. Un'ultima osservazione. Dati alla mano è indubbio che la sessualità durante la pandemia abbia subito una mutazione, abbandonando, almeno momentaneamente, la "naturalità" dell'atto e ampliando la componente digitale. Come abbiamo già avuto modo di notare nell'articolo, le comunicazioni e le manifestazioni digitali di qualunque genere comportano sempre una dispersione di dati personali estremamente pericolosa (ne sono casi palesi il *sexting* e il *revenge porn*). È gioco forza che aumentando l'utilizzo dei sistemi digitali, anche per finalità sessuali, aumenterà anche la dispersione di dati sensibili, generando, conseguenzialmente, un maggior rischio per gli utenti. Paradossalmente, più la salute fisica è al sicuro meno lo è la sicurezza dei nostri dati personali e conseguenzialmente la *privacy* degli utenti digitali. Ancor più paradossalmente si potrebbe dire che il prezzo da pagare per l'immunizzazione dai contagi – di malattie veneree, virus e quant'altro – sia l'inevitabile dispersione di dati personali.

---

<sup>42</sup> <https://www.italiasera.it/sex-robots-sempre-piu-realistici-le-bambole-hanno-battito-e-respirano/>.



# RSD

## Rivista Semestrale di Diritto

ISSN 2724-2862

*Articolo scientifico sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 3 del Regolamento della Rivista*

**Comunicazione, conoscenza e pubblicazione del provvedimento amministrativo: la corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione nella specifica ipotesi dell'impugnazione dell'aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Breve riflessione alla luce delle risultanze dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.**

A cura di **Dott.ssa Valeria Bilotto**<sup>1</sup>

### ABSTRACT

L'elaborato analizza la rilevanza dei momenti della comunicazione, della conoscenza e della pubblicazione del provvedimento amministrativo. Si tratta di momenti che, pur richiamando concetti semanticamente differenti, sono caratterizzati dalla medesima effettività: comunicazione, conoscenza e pubblicazione rappresentano, cioè, tre diversi fenomeni attraverso cui l'atto diventa noto al destinatario. Da un punto di vista oggettivo, la presa di coscienza dell'esistenza del provvedimento ne consente la produzione degli effetti che gli sono propri; da un punto di vista soggettivo, è da questo stesso momento che scatta l'onere per il privato di formulare, ad esempio, una richiesta di accesso agli atti ovvero di presentare al giudice competente un ricorso per far valere l'illegittimità (per come divenuta nota) del provvedimento entro i termini stabiliti per legge. Solo da quando il provvedimento è, in termini generali, conosciuto può iniziare a decorrere il termine per l'impugnazione; termine che, come per tutte le azioni disciplinate dal Codice del Processo Amministrativo – ad eccezione del giudizio di ottemperanza – è qualificato come decadenziale, di talché solo l'esercizio dell'azione è in grado di interromperne il decorso infruttuoso. È evidente che, dalla corretta individuazione della effettività (intesa proprio come capacità di produrre effetti) del provvedimento, dipende la ricevibilità del ricorso: comunicazione, conoscenza e pubblicazione, cioè, rilevano ai fini della corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione. Tuttavia, determinare quando il provvedimento diventi effettivamente noto al destinatario, e quindi

---

<sup>1</sup> Laureata con 110/110 e lode presso l'Università della Calabria, discutendo una tesi sul merito amministrativo. Ha perfezionato gli studi pubblicistici venendo ammessa al seminario di studi e ricerche parlamentari "S. Tosi", svoltosi a Firenze. Ha completato proficuamente il tirocinio ex art. 73 del D.L. 69/2013 presso la Sezione misure di prevenzione del Tribunale di Reggio Calabria. Attualmente è avvocato iscritto all'albo del Foro di Cosenza con particolare attitudine e interesse nel diritto amministrativo.

efficace, non è sempre un'operazione di facile ermeneusi. Il problema, in particolare, si è posto, in tempi piuttosto recenti, con specifico riguardo agli atti delle procedure di gara: infatti, se, da un lato, il legislatore ha modificato il vecchio codice degli appalti, sostituendolo con il nuovo d.lgs. 50/2016, al contempo, però, non ha correttamente coordinato le varie disposizioni. E invero, l'art. 120 co. 5 del c.p.a., nell'individuare il termine per l'impugnazione degli atti di gara, rinvia all'art. 79 del d.lgs. 163/2006, cioè il "vecchio" codice degli appalti. Ebbene, tale normativa è stata abrogata proprio dall'entrata in vigore del nuovo d.lgs. 50/2016. Il mancato coordinamento ha determinato il sorgere di vari orientamenti giurisprudenziali – che verranno puntualmente analizzati nel corso della presente trattazione –, ognuno dei quali ha differenzialmente ricostruito i rapporti tra gli artt. 41 e 120 co. 5, del c.p.a. e l'art. 79 del d.lgs. 163/2006. La delicatezza della questione, la sua rilevanza e l'eccessiva ambiguità del quadro normativo ed ermeneutico hanno determinato la rimessione all'Adunanza Plenaria che ha definitivamente statuito sulla problematica della corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione. L'elaborato terminerà, quindi, con una analisi della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.

## **ABSTRACT**

The paper analyses the importance of the communication, knowing and publication of administration deed. That moments, even if referred to different semantic field, are characterized by equal effectiveness: communication, knowing and publication represent three different moments from which an administration deed become known by the beneficiary. From an objective point of view, the knowing about administration deed's existence allow it to produce its typical effects; from a subjective point of view, these moments announce the start of proposing, for example, appeal for access to documents or proposing a jurisdictional appeal to the judge in charge to assert the illegality of the provision within the terms established by law. Only when the measure is, in general terms, known the term for appeal can begin to run; a term which, as for all actions governed by the Administrative Process Code - with the exception of the judgment of compliance - is qualified as forfeiture, so that only the exercise of the action is able to interrupt its course. It is clear that the appeal's admissibility depends on the correct identification of the effectiveness (understood precisely as the administration deed's ability to produce effects): communication, knowing and publication, that is, are relevant for correctly identifying the starting date of the appeal. However, determining when the measure actually becomes known to the recipient, and therefore effective, is not always an easy-to-use operation. In particular, the problem has arisen, quite recently, from tender procedure: in fact, if, on the one hand, the legislator has modified the old bid code, replacing it by the new decree n. 50/2016, at the same time, on the other hand, he did not correctly coordinate the various rule. Indeed, the art. 120 co. 5 c.p.a., identifying the deadline for appeal the tender documents, refers to art. 79 of Legislative decree n. 163/2006, the "old" tender code. Well, this rule was repealed precisely by the insertion of the new tender code from legislative decree n. 50/2016. The missed



coordination bring about various jurisprudential orientations - which will be duly analyzed in the course of this paper -, each of which has differently reconstructed the relationships between Articles 41 and 120 co. 5, of the c.p.a. and art. 79 of Legislative Decree 163/2006. The delicacy of the question, its relevance and the excessive ambiguity of the regulatory framework have led to the remission to the Plenary Assembly of the question about the correct identification of the appeal's dies a quo. Therefore, the paper will end with an analysis of the ruling of the Plenary Assembly no. 12/2020.

## **PAROLE CHIAVE**

Provvedimento – Termine impugnazione – Ricorso al buio – Appalto – Adunanza Plenaria.

**Sommario:** 1. Efficacia temporale del provvedimento amministrativo: breve analisi dell'art. 21-bis della legge n. 241/1990 – 2. Conoscenza, comunicazione e pubblicazione: dalla diversità semantica all'eguaglianza effettuale. La rilevanza pratica della piena conoscenza – 2.1. Segue. Ancora sulla rilevanza della piena conoscenza: il caso della tutela del terzo leso dalla SCIA del soggetto segnalante (cenni). – 2.2. Il dibattito giurisprudenziale sul concetto di piena conoscenza: il problema del c.d. ricorso al buio. – 3. Conoscenza, comunicazione e pubblicazione nella particolare materia degli appalti: il problema del dies a quo dell'impugnazione sotto la vigenza del vecchio codice degli appalti – 4. Il problema dell'individuazione del dies a quo dell'impugnazione alla luce del nuovo codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). La rimessione all'Adunanza Plenaria. – 4.1. Analisi della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020. – 5. Considerazioni conclusive

### **1. Efficacia temporale del provvedimento: breve analisi dell'art. 21-bis della legge n. 241/1990.**

Il provvedimento è l'atto amministrativo<sup>2</sup> conclusivo di un procedimento con il quale la Pubblica Amministrazione fornisce una risposta al privato istante ovvero rivela le proprie determinazioni a seguito di un procedimento avviato d'ufficio.

---

<sup>2</sup> Efficacemente F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, 255 ss., 257, afferma che il provvedimento amministrativo «nasce dalla costola dell'atto amministrativo, come sua species eminente», trovando appunto la sua teorizzazione compiuta nell'opera di Giannini.

È la manifestazione tipica dell'attività della pubblica amministrazione<sup>3</sup>, il momento in cui si perfeziona una determinata fattispecie di esercizio del potere<sup>4</sup>.

Il provvedimento amministrativo appartiene alla categoria degli atti amministrativi<sup>5</sup> e, come tale, è rivolto al perseguimento dell'interesse pubblico concreto risultante dal bilanciamento tra gli interessi, pubblici e privati coinvolti. È un atto unilaterale e autoritativo, capace cioè di imporre i propri effetti a prescindere dalla volontà del destinatario; effetti deputati, poi, a cristallizzarsi qualora il privato non contesti, prontamente nei termini, il provvedimento medesimo<sup>6</sup>.

L'attitudine all'inoppugnabilità, e quindi alla cristallizzazione delle risultanze compendiate nel provvedimento, e il connotato autoritativo, cioè la propensione del provvedimento a trovare una propria esecuzione a prescindere dalla volontà dei destinatari dell'atto medesimo, rendono centrale l'individuazione dell'esatto momento a decorrere dal quale l'atto è idoneo a produrre effetti – anche sfavorevoli – nei confronti del privato; quest'ultimo quindi, solo dalla conoscenza dell'atto, potrà liberamente determinarsi, al fine di procedere ad una eventuale inibizione dell'illegittimità promanante dall'atto dell'autorità.

Nessun problema, invero, suscita il caso del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato: in tali casi, cioè, stante l'effetto favorevole, l'atto si qualifica come immediatamente efficace. Non esistono, cioè, ragioni di tutela idonee a determinare uno slittamento in avanti dell'efficacia del provvedimento poiché il privato risulta favorito, agevolato dall'attività amministrativa. Il provvedimento, in tale caso, non è recettizio, ma immediatamente efficace<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Accademia del diritto editrice, Roma, 2019.

<sup>4</sup> V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012.

<sup>5</sup> M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit.; l'Autore sottolinea come «il provvedimento amministrativo è un atto, ma non ogni atto amministrativo è un provvedimento. Vi sono atti che non hanno natura provvedimentoale [...]. È il caso degli atti preparatori: se è vero che il procedimento è finalizzato all'adozione di un provvedimento, è vero anche che quest'ultimo è normalmente preceduto da una serie di atti preparatori, che ne costituiscono il presupposto non solo cronologico, ma anche contenutistico». Sul punto, si veda anche la giurisprudenza amministrativa in merito ai c.d. atti paritetici, da ultimo Cons. Stato, A.P., n. 12 del 30 agosto 2018, ove si ricostruisce in termini di atto paritetico l'atto con cui l'amministrazione determina il contributo correlato agli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria; Cons. Stato, A.P., n. 9 del 3 settembre 2019, ove si ricostruisce in termini di atto paritetico l'atto con cui il gestore dell'energia elettrica si pronuncia sul rispetto o meno della c.d. quota d'obbligo in tema di energie rinnovabili.

<sup>6</sup> Il fine pubblico, l'unilateralità, l'imperatività e l'attitudine all'inoppugnabilità sono i caratteri essenziali del provvedimento. Per un approfondimento sul tema, si veda M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit.

<sup>7</sup> Un diverso orientamento della dottrina Bruno E. G. Fuoco, *Riflessione sugli atti recettizi dopo l'entrata in vigore della l. 15/2005*, in Lexitalia, Riv. n. 5/2005, invece, ritiene che «occorre tener conto anche delle singole disposizioni contenute (nel provvedimento), in modo che, anche un provvedimento avente una funzione concessoria, possa essere ritenuto recettizio, qualora contenga singole disposizioni limitative della sfera giuridica del privato». In sostanza anche gli atti ampliativi potrebbero essere qualificati come atti recettizi. Tale approccio è altresì sostenuto da una risalente giurisprudenza di merito; si veda TAR Puglia-Bari, Sez. II, nn. 6 - 4 del 29 febbraio 1996; TAR Toscana, Sez. I, 1n. 45 del 1 marzo 1997, n. 45 e n. 518 del 14 novembre 1997. Anche la Cassazione ha avuto modo di affermare che «al fine di qualificare l'atto di cui si discute come ampliativo della sfera giuridica del destinatario ovvero, al contrario, come limitativo di tale sfera, non può aversi riguardo alla natura delle singole ed eterogenee situazioni giuridiche nascenti dal provvedimento, ma alla unitaria funzione giuridica del provvedimento stesso, dovendosi, in caso contrario, ammettere che l'atto possa avere contemporaneamente carattere recettizio o non recettizio, a seconda che si discuta delle situazioni giuridiche attive o di quelle passive del destinatario» (Cass. civ., sez. I, sent. n.15822/2000).

Diverso è, invece, il caso del provvedimento limitativo<sup>8</sup> della sfera giuridica del privato, il quale, a fronte degli effetti negativi sgorganti dal suddetto provvedimento, ben potrebbe avere interesse ad accedere agli atti del procedimento ovvero ad impugnare l'atto. Attività a ciò propedeutica è, inevitabilmente, la conoscenza, in senso lato, del provvedimento. Occorre, quindi, a fronte di tali atti limitativi, interrogarsi su quando effettivamente possa ritenersi raggiunta la piena cognizione del privato.

Sul punto, una prima risposta può essere rintracciata nell'art. 21-bis della l. 241/1990 che ha tentato di introdurre una disciplina organica dell'efficacia del provvedimento amministrativo. In un'ottica garantista, la norma, con riguardo ai soli provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati, dà rilievo alla comunicazione del provvedimento: è, cioè, a decorrere dalla comunicazione al privato destinatario che l'atto diventa idoneo a produrre gli effetti autoritativi di cui è astrattamente connotato. Se, poi, per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'art. 21-bis sostituisce, *quoad effectum*, la comunicazione con la pubblicazione: è a decorrere dalla pubblicazione che si presume l'effettiva conoscenza del contenuto dell'atto da parte dei destinatari.

La comunicazione è quindi condizione di efficacia del provvedimento che, pertanto, si qualifica necessariamente come atto recettizio. Ciò, però, non vuol dire che la comunicazione sia idonea ad incidere sull'esistenza ovvero sulla validità del provvedimento; la comunicazione, cioè, influenza solo l'efficacia del provvedimento stesso: l'efficacia è *ex nunc*, cioè dal momento della comunicazione<sup>9</sup>.

La soluzione adottata dall'art. 21-bis della l. 241/1990, in realtà, non è nuova nello scenario ordinamentale italiano. Invero, in un senso pressoché simile, si esprime il codice civile nel descrivere il momento di efficacia degli atti unilaterali: ai sensi, infatti, dell'art. 1334 c.c., gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza del destinatario. Sebbene la norma parli di conoscenza, la giurisprudenza ne ha fornito una interpretazione più estensiva: la conoscenza, cioè, si intende raggiunta allorquando «avuto riguardo alle previste modalità della sua comunicazione, consegna o spedizione, da accertarsi caso per caso dal giudice di merito, possa ritenersi che il destinatario medesimo ne abbia avuto conoscenza o ne abbia potuto avere cognizione usando la normale diligenza, ricadendo su di lui, in presenza di tali condizione, l'onere di dimostrare di essersi trovato, senza colpa, nell'impossibilità di

---

<sup>8</sup> M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit.: «la categoria dei provvedimenti limitativi è molto ampia. Essa comprende anzitutto i provvedimenti ablatori: reali (di espropriazione, imposizione di servitù, occupazione, confisca, sequestro), personali (ordini e direttive), obbligatori (imposizioni tributarie, gestione coattiva di impresa), sanzionatori. Sono provvedimenti limitativi anche quelli che di secondo grado ad esito eliminatorio (annullamento d'ufficio, revoca, sospensione) che incidono su provvedimenti ampliativi, così come quelli che inibiscono l'attività promossa a seguito di S.C.I.A.»

<sup>9</sup> Ciò tuttavia non esclude la possibilità che gli effetti dell'atto amministrativo, sub-specie provvedimento, possano retroagire, cioè iniziare a decorrere a partire da un momento anteriore rispetto a quello in cui si perfeziona la fattispecie. La Corte Costituzionale è stata chiamata in più occasioni a valutare la conformità ai principi della Costituzione di norme dotate di efficacia retroattiva. Sul punto, si veda Corte Cost., sentenza n. 155 del 4 aprile 1990, nella quale la Corte ha affermato che «l'irretroattività costituisce un principio generale del nostro ordinamento (art. 11 Preleggi) e, se pur non elevato, fuori dalla materia penale, a dignità costituzionale (art. 25 co. 2 Cost.), rappresenta pur sempre una regola essenziale del sistema a cui, salva un'effettiva causa giustificatrice, il legislatore deve ragionevolmente attenersi, in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini». Il principio è stato recentemente confermato da numerose altre pronunce (ex multis, sentt. nn. 236/2009, 4/2009, 11/2007).

averne notizia»<sup>10</sup>. La norma, quindi, per come anche interpretata dalla giurisprudenza civile, qualifica indistintamente la comunicazione e la conoscenza: si tratta, cioè, di momenti sostanzialmente tra loro interscambiabili, destinati a produrre il medesimo effetto.

Come la norma civile, anche l'art. 21-bis è stato oggetto di una interpretazione estensiva ad opera della giurisprudenza, sulla scia, anche e soprattutto, dell'ermeneusi avente ad oggetto l'art. 41, co. 2 c.p.a.

Tale ultima norma, infatti, nell'individuare il termine per l'azione di annullamento (normalmente di 60 giorni, salvi i casi di giudizi abbreviati), fa decorrere il dies a quo dalla notificazione ovvero dalla comunicazione individuale, oppure dalla piena conoscenza ovvero, per gli atti per i quali non è prevista la comunicazione, dalla pubblicazione del provvedimento se prevista o richiesta per legge. In sostanza, il tenore letterale dell'art. 41 prevede tre diversi eventi che non possono che considerarsi in un rapporto di equivalenza ed alternatività: il dies a quo decorre allorquando si verifichi uno di questi tre eventi. La piena conoscenza è, quindi, un evento perfettamente alternativo alla comunicazione; così come la pubblicazione è alternativa alla conoscenza (purché si tratti di un atto soggetto per legge all'obbligo di pubblicazione). Di talché se il destinatario ha acquisito piena conoscenza dell'atto prima della comunicazione, il dies a quo inizia a decorrere da prima della comunicazione e l'eventuale comunicazione successiva alla conoscenza non rimette in termini la parte per impugnare<sup>11</sup>.

Seguendo questa stessa logica, la giurisprudenza ha equiparato la comunicazione, ai fini del 21-bis, alla conoscenza *aliunde* acquisita del provvedimento<sup>12</sup>, conoscenza acquisibile anche a fronte della pubblicazione dell'atto<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cass. civ., Sez. II, n. 20784 del 25 settembre 2006.

<sup>11</sup> Ex multis Cons. Stato n. 5870/2017, secondo cui «la piena conoscenza dell'atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso». Si veda anche Cons. Stato n. 5434/2018 «...per cui in difetto della formale comunicazione o della mancata pubblicazione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante di un provvedimento impugnabile, il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta conoscenza, da qualsiasi fonte, della motivazione e della lesività del provvedimento».

<sup>12</sup> Cons. Stato, V, 7 maggio 2001, n. 2551, in Foro Amm., 2001, f. 5.

<sup>13</sup> Per vero, parte della dottrina ha ritenuto che la conoscenza di un atto recettizio da parte del destinatario percepita aliunde non implica la produzione di effetti né determina la decorrenza del termine per gravare il provvedimento. Sul punto si veda, a titolo esemplificativo, quanto sostenuto da D. Corletto, «voce» *Comunicazione dell'atto amministrativo*, Enc. Treccani. Tuttavia, come criticamente sostenuto da M. Corradino, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990 (Legge 11 febbraio 2005 n. 15 e Legge del 14 maggio 2005 n. 80)*, in [redazione.regione.campania.it/farecampania/scaffale\\_formativo](http://redazione.regione.campania.it/farecampania/scaffale_formativo), «il chiaro disposto ex art. 21 della cd. legge TAR, secondo cui il ricorso deve essere notificato entro il termine di sessanta giorni da quello in cui l'interessato ne abbia ricevuta la notifica o ne abbia comunque avuta piena conoscenza, non permette di aderire a tale impostazione».

## 2. Conoscenza, comunicazione e pubblicazione: tra eguaglianza effettuale e diversità semantica. La rilevanza pratica della piena conoscenza.

La ricostruzione normativa e giurisprudenziale, *supra* descritta, permette di rilevare un dato incontrovertibile: comunicazione, conoscenza e pubblicazione sono assimilabili quanto agli effetti. Nonostante l'eguaglianza "effettuale", esse sono attività ontologicamente differenti<sup>14</sup>.

La comunicazione, infatti, è l'attività materiale con cui la PA rende noto ad uno specifico e predeterminato destinatario il contenuto di un provvedimento, al fine di consentirgli l'espletamento dei propri diritti di difesa e di partecipazione<sup>15</sup>. Ad esempio, la PA, nei procedimenti ad istanza di parte, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. A fronte della comunicazione ex art. 10 bis l. 241/1990, il privato può presentare memorie e documenti al fine di sollecitare una nuova verifica della PA, prima dell'adozione del provvedimento definitivo. Il preavviso di rigetto, quindi, per poter manifestare i propri effetti deve essere comunicato al privato, attraverso un'attività concreta e materiale della PA<sup>16</sup>.

Diversa dalla comunicazione è invece la conoscenza. Nel linguaggio comune<sup>17</sup>, conoscenza vuol dire prendere cognizione di qualcosa. Ai fini della conoscenza, perciò, non rileva il mezzo con cui si prende cognizione della notizia: è sufficiente che il contenuto di un determinato atto sia stato decodificato

---

<sup>14</sup> La diversificazione ontologica sostenuta è rinvenibile nelle maglie della giurisprudenza amministrativa. In particolare, è incidentalmente rinvenibile una distinzione tra comunicazione e conoscenza in quella giurisprudenza amministrativa che, rifacendosi al principio del raggiungimento dello scopo, ritenne che la regola dettata dall'art. 7 della legge n. 241/90 non potesse essere applicata meccanicamente e formalisticamente, dovendosi escludere ogni concreta lesione per il ricorrente nei casi in cui lo scopo della partecipazione del privato fosse stato comunque raggiunto o quando il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso da quello in concreto adottato o quando il privato avesse avuto «comunque conoscenza di un atto equipollente alla formale comunicazione» (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 2003, n. 3969, in *Foro amm. CdS*, 2003, p. 3396 e sez. IV, 15 giugno 2004, n. 4018, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, p. 311, s.m.). È altresì evincibile l'esistenza di una distinzione ontologica tra pubblicazione e comunicazione nella celebre sentenza della Corte Costituzionale, n. 104 del 17 marzo 2006. In tale pronuncia, la Corte ha affermato che «... (l)a pubblicità dell'azione amministrativa ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 ..., il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.). Tra i "criteri" dell'azione amministrativa, l'art. 1 della legge contempla, infatti, espressamente (accanto a quelli di economicità, di efficacia e di trasparenza) la pubblicità, mentre le disposizioni contenute nel capo V della medesima legge ne disciplinano taluni aspetti applicativi, quale, in primo luogo, l'accesso ai documenti amministrativi ... Manifestazione fra le più rilevanti della regola di pubblicità è l'obbligo di comunicazione dei provvedimenti amministrativi, oggi sancito dall'art. 21-bis della legge n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15».

<sup>15</sup> L'istituto della comunicazione è strettamente collegato alla partecipazione al procedimento, nel senso che consente agli interessati di essere posti a conoscenza della pendenza di un procedimento nel quale possono intervenire rappresentando il proprio punto di vista. Cfr. E. Casetta, (a cura di) F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2017.

<sup>16</sup> Si veda TAR Veneto, Sez. II, n. 3430 del 13 settembre 2005, sulla possibilità di ritenere sanata l'omissione dell'avviso di rigetto nel caso di conoscenza *aliunde* delle ragioni del rigetto: «Non può dichiararsi l'illegittimità del provvedimento amministrativo, per violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 - nel testo introdotto dalla legge n. 15/2005 - in quanto il provvedimento impugnato non è stato preceduto dalla comunicazione contenente i motivi che ostavano all'accoglimento della richiesta formulata da parte istante - nel caso in cui il soggetto interessato abbia avuto modo in più occasioni di conoscere tempestivamente le ragioni ostative al rilascio del provvedimento richiesto».

<sup>17</sup> Cfr. vocabolario Treccani, «voce» *conoscenza*, in Treccani.it/vocabolario: l'atto del conoscere una persona, dell'apprendere una cosa; facoltà, capacità di conoscere, d'intendere.

intellettualmente dal destinatario, indipendentemente dalla comunicazione ufficiale del provvedimento. Ciò che rileva è solo la consapevolezza nel destinatario del contenuto del provvedimento amministrativo: ciò spiega perché la piena conoscenza è a forma libera, nel senso che il destinatario può acquisirla con ogni mezzo, anche se l'atto non è stato comunicato<sup>18</sup>.

Mentre, però, nella comunicazione e nella conoscenza il destinatario del provvedimento è un soggetto comunque determinato e individuabile, non così nelle ipotesi di pubblicazione. La pubblicazione, infatti, è la modalità con cui la PA rende fruibile all'esterno il contenuto di un atto amministrativo allorché i destinatari di quell'atto non possano essere previamente determinati. Sarebbe impossibile predisporre, in tali casi, uno strumento che consenta, sin dall'inizio del singolo procedimento, la comunicazione ad personam. Ad esempio, l'art. 26, l. 241/90 prevede un obbligo di pubblicazione per alcuni atti, al fine di consentire l'accesso e la trasparenza all'attività amministrativa; così come, nello specifico settore dei contratti pubblici, l'art. 29 del d.lgs. 50/2016 richiede la pubblicazione di tutti gli atti di gara, comunque denominati. Tramite la pubblicazione, nelle ipotesi previste dalla legge, si consente il raggiungimento della piena conoscenza e, quindi, la propagazione degli effetti dell'atto, a tutti i soggetti cui potenzialmente l'atto può rivolgersi<sup>19</sup>.

Comunicazione, conoscenza e pubblicazione sono i momenti attraverso cui l'atto recettizio, divenuto noto al destinatario, inizia a produrre gli effetti che gli sono propri: rappresentano situazioni descrittive di un medesimo fenomeno, appunto l'efficacia del provvedimento. In altri termini, comunicazione, conoscenza e pubblicazione si configurano come fasi integrative dell'efficacia del provvedimento, poiché quest'ultimo, per perseguire la funzione che gli è propria, deve necessariamente essere conosciuto dal destinatario del provvedimento.

Invero, comunicazione, conoscenza e pubblicazione hanno un'altra importante rilevanza: non solo consentono di integrare l'efficacia del provvedimento amministrativo, ma rilevano anche ai fini della corretta individuazione del dies a quo per l'impugnazione. È evidente, cioè, che a partire dalla conoscenza, dalla comunicazione, dalla pubblicazione del provvedimento amministrativo il privato comprende la lesività dell'atto, sebbene sia la legge che, a seconda dei casi, attribuisce rilevanza ora al momento della

---

<sup>18</sup> È da ricordare che la commissione presso il Consiglio di Stato aveva ipotizzato di introdurre nel codice del processo amministrativo la seguente disposizione: «La piena conoscenza si intende acquisita quando l'interessato ha notizia certa dell'esistenza dell'atto e della sua lesività nei propri confronti. La successiva conoscenza di elementi ulteriori della motivazione dell'atto consente la proposizione dei motivi aggiunti».

<sup>19</sup> N. Durante, *Pubblicità, trasparenza e FOIA: indicazioni operative*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>, 2018: «La pubblicità si sostanzia in una serie di obblighi di informazione, cui l'amministrazione è tenuta a beneficio indiscriminato di tutti i consociati. [...] Quanto alla pubblicità, è da evidenziare come, talvolta, alla funzione di rendere conoscibile l'atto, si abbina quella di conferire allo stesso effetti legali: trattasi dei casi di pubblicità integrativa dell'efficacia o di pubblicità dichiarativa, o notizia (idonea, ad es., al decorso dei termini per la partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica). Tale forma di pubblicità, che dà luogo ad una presunzione di conoscenza degli atti, consentendo la produzione degli effetti di legge a partire dalla loro pubblicazione, pur se effettuata ora mediante il sito istituzionale (tramite l'albo pretorio on line o tramite altre sezioni predisposte ad hoc denominate, ad es., "avvisi e bandi" o "bandi di gara"), va mantenuta distinta da quella che si effettua nella sezione "amministrazione trasparente" del sito istituzionale ed ha lo scopo di rendere conoscibile l'attività delle amministrazioni e favorire il controllo da parte dei cittadini».

conoscenza, ora al momento della comunicazione, ora al momento della pubblicazione. Ma, a seguito della comunicazione, della avvenuta conoscenza, della pubblicazione, il privato è posto nella condizione di poter adire il giudice amministrativo al fine di vedersi tutelare le proprie ragioni, purché lo faccia entro il termine di legge: scaduto il termine, infatti, il provvedimento è geneticamente destinato a divenire inoppugnabile, insindacabile<sup>20</sup>; è destinato a cristallizzare i propri effetti nel tempo e, conseguentemente, diventa passibile di esecuzione anche coattiva.

## **2.1. Segue. Ancora sulla rilevanza della piena conoscenza: il caso della tutela del terzo leso dalla SCIA del soggetto segnalante (cenni).**

L'importanza della piena conoscenza della lesività dell'atto ha senza dubbio animato la problematica che si è, in tempi recenti, posta con riguardo alla tutela dei terzi a fronte della segnalazione certificata di inizio attività<sup>21</sup>. Si tratta di casi in cui il terzo subisca una lesione dall'attività del privato segnalante: il terzo, che non può impugnare il silenzio della PA (non trattandosi di un silenzio provvedimentale<sup>22</sup>) si troverebbe esposto al rischio di vedere spirare i termini per la proposizione dell'impugnazione. Se cioè il terzo non venisse a conoscenza dell'atto lesivo in tempi utili per attivare il meccanismo di tutela previsto dall'art. 19 co. 6 ter, potrebbe rimanere senza tutela proprio a causa di un deficit di conoscenza, di comunicazione, di pubblicazione.

Perciò la Corte Costituzionale<sup>23</sup>, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha rivolto un monito al legislatore: al fine di evitare un difetto di tutela del terzo, è indispensabile predisporre uno strumento che rende possibile la tempestiva conoscenza al terzo; in caso contrario, infatti, il provvedimento pur se lesivo, pur

---

<sup>20</sup> L'inoppugnabilità è una caratteristica che i provvedimenti amministrativi acquistano per effetto del trascorso del termine di impugnazione e risponde ad una "ragione pratica": «il bisogno di permettere all'amministrazione di procedere speditamente, senza essere esposta troppo a lungo al rischio di impugnative dei propri atti». Cfr. M. Fratini, in *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit. La caratteristica del provvedimento non deve però essere confusa con la sua invalidità. Infatti, come avverte l'A. «l'inoppugnabilità non consiste nella trasformazione di un provvedimento invalido con un provvedimento valido, dal momento che la decorrenza dei termini non esplica alcun effetto sulla validità dell'atto. L'inoppugnabilità, cioè, non può essere considerata mezzo di sanatoria: non è una forma di convalida per decorso del tempo. La decadenza dal potere di impugnare (...) produce invece conseguenze sul piano dell'efficacia: rende incontestabili gli effetti del provvedimento».

<sup>21</sup> Al fine di una esaustiva ricostruzione della vicenda, si veda l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale da parte del TAR Parma, n. 12 del 22 gennaio 2019 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>22</sup> L'Adunanza Plenaria 15/2011, invece, aveva diversamente qualificato il silenzio serbato dall'amministrazione a fronte del mancato esercizio del potere inibitorio. In particolare, La Plenaria ha ritenuto che il detto silenzio altro non sia che un provvedimento significativo (provvedimento tacito), cioè un provvedimento espresso di diniego dell'adozione dei poteri inibitori, che come tale produce «precise conseguenze in merito alle tecniche di tutela praticabili del terzo controinteressato all'esercizio dell'attività denunciata»: ciò comporta, dunque, che la tutela del terzo sia «affidata primariamente all'esperimento di un'azione impugnatoria, ex art. 29 del codice del processo amministrativo, da proporre nell'ordinario termine decadenziale». Come noto, tuttavia, la posizione della Plenaria è stata repentinamente sconfessata dal legislatore che, con il D.L. n. 138/2011, ha introdotto il nuovo co. 6 ter, escludendo che il silenzio serbato dalla PA a fronte dei poteri inibitori sia un silenzio significativo e qualificandolo piuttosto come silenzio-inadempimento. Proprio per tale diversa qualificazione il legislatore ha previsto la possibilità per il terzo di esperire solo l'azione ex art. 31 c.p.a.: la diversa qualificazione del silenzio comporta una compressione della gamma di azioni esperibili. Per i problemi derivanti da tale impostazione cfr. M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit., p. 598 e ss.

<sup>23</sup> Corte Cost., sent. 13 marzo 2019, n. 45, in [cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it).

se illegittimo, sarebbe destinato a cristallizzarsi, divenendo regola definitiva e imm modificabile del caso di specie.

La vicenda sulla tutela del terzo a fronte della SCIA di un privato conferma che conoscenza, comunicazione e pubblicazione sono momenti indispensabili ai fini dell'ottenimento di una risposta effettiva alle esigenze di tutela<sup>24</sup>: conosciuto il contenuto del provvedimento lesivo attraverso idonei strumenti ovvero attraverso la semplice attività intellettuale e di ricerca del privato, questi ha un termine per poter ricorrere al giudice.

Questa esigenza di prevedere un termine di decadenza dalle azioni risulta coerente sia con il bisogno di certezza dei rapporti giuridici sia con la giurisprudenza comunitaria che si è sempre espressa sulla non incompatibilità dell'astratta previsione di termini decadenziali purché gli stessi siano un dato oggettivamente riscontrabile<sup>25</sup>.

## **2.2. Il dibattito giurisprudenziale sul concetto di piena conoscenza: il problema del c.d. ricorso “al buio”.**

L'attitudine del provvedimento all'inoppugnabilità, in uno con il dettato dell'art. 41 c.p.a., rende, quindi, centrale il momento della conoscenza, intesa in senso ampio, dell'atto lesivo, come evento da cui far decorrere il termine per l'impugnazione sia per il privato, sia per il terzo eventualmente leso dall'attività del privato.

Occorre, quindi, primariamente definire cosa debba intendersi per “piena conoscenza” dell'atto. Sul punto, si registrano due orientamenti della giurisprudenza.

Secondo l'orientamento dominante<sup>26</sup>, il termine per impugnare il provvedimento non richiede la conoscenza dei vizi di illegittimità: ai fini del *dies a quo*, cioè, è sufficiente che il destinatario conosca il provvedimento nei suoi elementi essenziali; è sufficiente la percezione della lesività per far decorrere il

---

<sup>24</sup> Corte Cost., sent. 45/2019, cit.: «[...] Tutto ciò, peraltro, non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere.» La Corte, in sostanza, avverte l'importanza ricoperta dalla conoscenza dell'attività oggetto di SCIA e ammonisce il legislatore futuro affinché intervenga con un puntuale riassetto della fattispecie normativa.

<sup>25</sup> È quanto sostenuto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'interpretazione dell'art. 2 quater della direttiva n. 665 del 1989. Evidenzia, sul punto, la Corte che «i termini per proporre i ricorsi avverso atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione»; sussiste l'obbligo, per gli Stati membri di istituire «un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti ed obblighi» (Corte giust. eur., sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18).

<sup>26</sup> Ex multis, Cons. Stato, V, 23 gennaio 2008, n. 138; Id., 4 marzo 2008, n. 862; TAR Lazio, Roma, III, 19 aprile 2005, n. 2801; TAR Toscana, Firenze, II, 14 marzo 2008, n. 297; Cons. giust. amm. sez. giur., 4 luglio 2008, n. 583; Cons. Stato, VI, 3 marzo 2010, n. 1239; Cons. Stato, III, 19 settembre 2011, n. 5268; Id., 28 novembre 2013, n. 5698. Si veda anche. A. Police, in G.P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, CEDAM, 2014, p. 395; F. Caringella – M. Protto, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, DIKE, 2010, 606.



dies a quo dell'impugnazione, anche se il soggetto non è ancora in grado di conoscere se il provvedimento è realmente affetto da vizi di illegittimità. Il soggetto, quindi, avuta la mera percezione della lesività del provvedimento, pur senza conoscerne i vizi di legittimità, ha l'onere di impugnare il provvedimento a pena di decadenza. I vizi successivamente conosciuti (ad esempio a seguito del fruttuoso esperimento dell'istanza di accesso agli atti del procedimento) permettono la proposizione di motivi aggiunti. In altri termini, il soggetto deve proporre un ricorso "al buio", salva poi la possibilità di far valere i vizi successivamente conosciuti mediante la proposizione del ricorso per motivi aggiunti.

Considerando come piena conoscenza la percezione della lesività del provvedimento a prescindere dalla conoscenza dei vizi, si riesce, secondo tale orientamento, a garantire la certezza e la stabilità dell'azione amministrativa<sup>27</sup>: se il dies a quo venisse differito al momento della conoscenza della illegittimità del provvedimento, si andrebbe a spostare in avanti il dies a quo e quindi si avrebbe un prolungamento del periodo in cui l'atto amministrativo è ancora impugnabile, e conseguentemente precario. In questo modo si ricerca un punto di equilibrio tra l'esigenza di tutela del destinatario e l'esigenza di certezza: il destinatario ha l'onere di impugnazione immediata a prescindere dalla percezione dell'illegittimità, salvo poi la possibilità di proporre motivi aggiunti.

Tuttavia, tale ricostruzione cela il rischio del c.d. ricorso "al buio"<sup>28</sup>: il privato deve impugnare l'atto per il solo fatto di avere conoscenza della potenziale lesività, pur non conoscendo i motivi dell'eventuale illegittimità dell'atto medesimo. Non avendo avuto percezione dei concreti motivi di illegittimità, appare quantomeno arduo ipotizzare una adeguata e compiuta articolazione dei motivi di impugnazione. Il che comporta il conseguente rischio dell'inammissibilità del ricorso.

In ossequio a tale ricostruzione, quindi, al fine di tutelare la certezza dell'azione amministrativa si esporrebbe il destinatario del provvedimento amministrativo ad un triplice rischio<sup>29</sup>: il rischio del ricorso "al buio"; il rischio del rigetto del ricorso (allorché non sia rinvenibile alcun profilo di illegittimità<sup>30</sup>); il

---

<sup>27</sup> S. Raimondi, *La piena conoscenza ai fini del termine per ricorrere*, in *Il cittadino e la Pubblica Amministrazione, Giornate di studio in onore di Guido Corso*, Palermo 12 – 13 dicembre 2014, Napoli, Editoriale Scientifica 2016. L'A. afferma che «(...) l'orientamento prevalente è ispirato indubbiamente ad esigenze di certezza dell'azione amministrativa, le quali meritano di essere considerate», ma, al contempo, osserva criticamente che tali esigenze «(...) non possono avere una portata travolgente rispetto a principi ed a esigenze che certamente non sono meno significative. La garanzia costituita dall'azionabilità in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi (artt. 24 e 113 Cost.) risulta indubbiamente violata non soltanto quando si rendono non giustiziabili o limitatamente giustiziabili alcune fattispecie, ma anche nel caso in cui l'esercizio dell'azione risulti ostacolato in modo grave».

<sup>28</sup> S. Raimondi, *La piena conoscenza ai fini del termine per ricorrere*, cit. «Tale è il ricorso che l'interessato può proporre in presenza di un provvedimento del quale è in grado di percepire il carattere pregiudizievole dei suoi interessi, ma del quale non ha potuto apprezzare l'illegittimità, non ha potuto cioè individuare gli eventuali vizi».

<sup>29</sup> S. Raimondi, *La piena conoscenza ai fini del termine per ricorrere*, cit. «La lettura costituzionalmente orientata del concetto di "piena conoscenza" ai fini della decorrenza del termine per ricorrere non consente di ritenere ammissibile che l'interessato si veda gravato dall'onere costituito dalle spese della difesa, ed inoltre dall'onere del contributo di iscrizione a ruolo, per la proposizione di un ricorso che potrebbe rivelarsi inutile». S. Tranquilli, *Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali sull'individuazione del dies a quo per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare alla luce della disciplina del rito "super-speciale"*, in *Federalismi.it*, 2018: «L'anticipazione del dies a quo a un momento in cui il ricorrente non conosca ancora il contenuto del provvedimento da impugnare, oltre a rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa, rischia infatti di (ag)gravare le parti con oneri economici insostenibili (e in ipotesi inutili)».

<sup>30</sup> Cfr. art. 40 co. 1 lett. d), del c.p.a, in ossequio al quale *"il ricorso deve contenere [...] d) i motivi specifici su cui si fonda il ricorso"*.

rischio di sostenere un costo, quello per l'accesso alla giustizia, che il privato avrebbe sicuramente evitato allorché, analizzato il provvedimento, non avrebbe rinvenuto ragioni e motivi di illegittimità.

Proprio i limiti di tale ricostruzione hanno determinato l'avvento di un secondo e diverso orientamento<sup>31</sup>, basato su una diversa lettura della piena conoscenza. Per piena conoscenza, cioè, deve intendersi non è già la mera percezione della lesività del provvedimento, ma la percezione della sua illegittimità almeno sotto un profilo. Per far scattare il dies a quo, e quindi l'onere, di impugnazione, non basta che il destinatario abbia percezione della lesività del provvedimento; il destinatario deve essere in grado di percepire almeno un motivo di illegittimità<sup>32</sup>.

Il dies decorre, pertanto, dalla piena conoscenza della lesività del provvedimento e della sua possibilità di censurare l'atto con riguardo ad almeno un motivo di illegittimità. È sufficiente l'articolazione di un solo motivo<sup>33</sup>: gli eventuali ulteriori motivi di illegittimità di cui si è avuto conoscenza dopo la proposizione del ricorso principale, ad esempio attraverso un'istanza di accesso che ha consentito di estrarre copia e percepire altri motivi di illegittimità, potranno essere fatti valere attraverso il ricorso per motivi aggiunti.

---

<sup>31</sup> TAR Campania, Napoli, VIII, 18 gennaio 2018, n. 394, in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it), di cui si riporta di seguito la massima, «Alla luce della specialità della normativa e del carattere derogatorio del rito di cui all'art. 120, comma 2-bis c.p.a. anche il criterio della "piena conoscenza" degli atti acquisita tramite la mera presenza del rappresentante dell'impresa alla seduta di gara pubblica in cui sono disposte le ammissioni alla gara deve essere applicato in modo restrittivo, in quanto lo stesso non assicura, di per sé, un'effettiva e completa conoscenza di tutti gli aspetti di lesività e illegittimità degli stessi atti, sicché il termine per impugnare le ammissioni decorre dalla suddetta seduta nei soli casi in cui, dagli elementi emersi durante la stessa, si evinca che il ricorrente, principale o incidentale, dovesse essere, sin da tale momento, pienamente consapevole dei profili di illegittimità contestabili in giudizio». Per un approccio storico al problema si veda anche A. M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, Morano Editore, 1963, 242 ss. L'A. evidenziava che l'art. 36 TU del Consiglio di Stato non equiparava alla notificazione una "qualsiasi conoscenza" dell'atto da impugnare, ma una conoscenza "piena" sottolineando che coerentemente l'art. 6 Regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato onerava l'interessato non solo ad impugnare i provvedimenti ritenuti lesivi nei termini, ma anche ad indicare i "motivi su cui si fonda il ricorso". Alla luce del dato normativo, l'A. sottolineava che «il legislatore ha voluto che la decadenza per decorso del termine, dalla possibilità di proporre il ricorso, si verifichi solo in quanto, conoscendo l'atto in misura sufficiente per individuare anche i difetti incidenti nel campo della propria sfera giuridica, l'interessato abbia lasciato trascorrere inutilmente il termine fatale». Successivamente, analoga previsione rispetto a quella inserita nell'art. 36 del citato T.U. venne riprodotta dapprima nell'art. 21, co. 1 della l. TAR (n. 1034 del 1971) e successivamente inserita anche nell'art. 41, comma 2, c.p.a.

<sup>32</sup> S. Raimondi, *La piena conoscenza ai fini del termine per ricorrere*, cit. «ai fini della decorrenza del termine non è necessario che l'interessato abbia una conoscenza completa dell'atto, ma è necessario che sia posto in grado di compiere una ponderata valutazione circa l'opportunità di presentare un ricorso che non deve essere proposto solo a scopo cautelativo. All'uopo è sufficiente che egli sia in grado di percepire almeno una ragione di illegittimità dell'atto». Si veda anche S. Tranquilli, *Prime riflessioni a margine di alcune recenti oscillazioni giurisprudenziali sull'individuazione del dies a quo*, cit. L'A., in accordo con la recente giurisprudenza avverte che «l'obbligo di una comunicazione completa non dovrebbe comunque spingersi (...) fino a divenire un gravoso onere formale addossato alla stazione appaltante, dovendosi tener presente che la sua funzione non è di favorire il destinatario nella ricerca di tutti i possibili e non predeterminabili motivi di eventuale illegittimità della gara, rimanendo onere della parte interessata quello di attivarsi a seguito della intervenuta conoscenza dell'aggiudicazione e della relativa motivazione, eventualmente mediante l'accesso agli atti».

<sup>33</sup> Cfr M.A. Sandulli, *Il tempo del processo quale bene della vita*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014, 18, 12, laddove l'A. evidenzia che il «valore del tempo per percepire e valutare la lesione derivante da un atto deputato alla tutela di interessi pubblici e predisporre un'adeguata azione giurisdizionale per ottenerne l'annullamento (e, laddove occorra, la sospensione), e, all'inverso, per reagire alle avverse azioni giurisdizionali, seppure concordemente considerato recessivo rispetto a quello della certezza e della stabilità dell'assetto degli interessi pubblici, assunta a parametro di competitività del Paese, non deve essere, almeno teoricamente, costretto entro confini manifestamente inaccettabili».

### **3. Conoscenza, comunicazione e pubblicazione nella particolare materia degli appalti: il problema del dies a quo dell'impugnazione sotto la vigenza del vecchio codice degli appalti.**

Come anticipato, l'art. 41 c.p.a. individua, in termini generali, il momento a partire dal quale inizia a decorre il termine di decadenza previsto per le singole azioni. La norma, che come detto ha una valenza generale, trova un suo corrispondente, nel particolare settore degli appalti, nell'art. 120 co. 5 c.p.a.; quest'ultima individua il momento a partire dal quale decorrono i termini per impugnare gli atti delle procedure di appalto<sup>34</sup>.

In particolare, la norma individua tre diverse regole a seconda del tipo di atto: il ricorso principale, incidentale e per motivi aggiunti devono essere proposti entro 30 giorni dalla comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs.163/2006; i bandi e gli avvisi di indizione di una gara, autonomamente lesivi, devono essere impugnati dalla pubblicazione di cui all'art. 66 co. 8 del d.lgs. 163/2006; in ogni altro caso, la decorrenza del termine per impugnare discende dalla effettiva conoscenza dell'atto.

A ben vedere, la norma richiama, nell'enunciazione delle tre diverse regole poste a presidio della decorrenza del termine per l'impugnazione, sia il momento della conoscenza, sia il momento della comunicazione, sia il momento della pubblicazione: a seconda dell'atto presuntivamente illegittimo o comunque lesivo del privato, avrà rilevanza ora la conoscenza ora la comunicazione ora la pubblicazione ai fini dell'individuazione di una data oggettivamente riscontrabile.

Malgrado l'apparente chiarezza, la norma ha scatenato alterne interpretazioni già durante la vigenza del vecchio codice degli appalti, il d.lgs. 163/2006, oggi ancora richiamato (nonostante la sua abrogazione) dall'art. 120 co. 5, soprattutto con riguardo all'aggiudicazione della gara.

La norma, infatti, a fronte dell'avvenuta aggiudicazione, consente la proposizione del ricorso nel termine di trenta giorni decorrenti dal momento in cui vengono comunicate le informazioni circa la mancata aggiudicazione; ma non tiene in debito conto che non sempre la sola comunicazione della mancata aggiudicazione permette l'espletamento del diritto di difesa.

La comunicazione ex art 79 d.lgs. 163/2006, infatti, può contenere la semplice enunciazione della mancata aggiudicazione così come può dettagliare le ragioni di tale mancata aggiudicazione. Ai fini dell'espletamento del diritto di difesa, è evidente come sia imprescindibile conoscere le ragioni sottese

---

<sup>34</sup> La ratio sottesa al termine abbreviato è quella di accelerare i tempi del giudizio e della definizione delle controversie. Tale esigenza è perseguita attraverso strumenti diretti alla pretesa semplificazione del processo e alla deflazione del contenzioso. Come sottolinea M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di appalti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 8/2016, «Tradizionalmente, infatti, tale settore si caratterizza per la difficoltà di trovare un equo temperamento tra l'esigenza, economica e funzionale, che le prestazioni richieste dalle pp.aa. (e dai soggetti ad esse equiparati) siano sollecitamente rese e quella, morale e giuridica, che il relativo affidamento sia improntato al massimo rispetto della legalità, a tutela delle regole di contabilità pubblica e di garanzia della concorrenza e degli altri interessi di volta in volta individuati dall'ordinamento».

all'esclusione: solo così, infatti, l'impresa che è stata esclusa potrà superare la c.d. prova di resistenza<sup>35</sup> e dimostrare l'esistenza di una utilità alla presentazione di quel ricorso, sì da non essere tacciato di inammissibilità. Tale ragione spiega la prassi delle imprese di richiedere l'accesso agli atti di gara, all'aggiudicazione, all'offerta dell'impresa aggiudicataria e ai verbali di gara.

Si ripropone, invero, il dibattito giurisprudenziale *supra* ricordato<sup>36</sup> con il conseguente rischio del ricorso c.d. "al buio". In particolare, un primo orientamento della giurisprudenza<sup>37</sup> sosteneva che a fronte dell'avvenuta comunicazione ai sensi dell'art. 79 del vecchio codice bisognava distinguere a seconda che la comunicazione fosse stata o meno dettagliata.

Nel primo caso, quando cioè la comunicazione fosse stata dettagliata, il ricorso sicuramente doveva essere proposto nel termine di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell'art. 79 d.lgs. n. 163/2006, salva la possibilità di presentare ricorso per motivi aggiunti qualora fossero emersi successivamente ulteriori elementi di criticità.

Nel secondo caso, quando cioè la comunicazione non fosse stata dettagliata ovvero qualora dalla stessa non potevano evincersi adeguatamente le doglianze da presentare in sede giurisdizionale, il termine di impugnazione di trenta giorni doveva iniziare a decorrere non dalla mera comunicazione, ma dalla concreta scoperta del vizio; il termine di impugnazione doveva cioè tener conto della necessità dell'interessato di conoscere gli elementi tecnici dell'offerta dell'aggiudicatario e, in generale, gli atti della procedura di gara per poter apprezzare compiutamente le ragioni di preferenza della stazione appaltante e verificare la sussistenza di eventuali vizi del suo operato.

La predetta distinzione, secondo questo orientamento, impattava anche sulla disciplina dell'accesso agli atti della procedura di gara, disciplinata ad hoc dall'art. 79 co. 5 quater del d.lgs. n. 163/2006. La norma, infatti, consentiva l'accesso entro dieci giorni dalla comunicazione mediante visione ed estrazione di copia, senza necessità di una apposita istanza formale (c.d. accesso informale). Sicché, stante la possibilità per l'impresa non aggiudicataria di esperire l'accesso informale, si riteneva che il termine per l'impugnazione dovesse essere incrementato di un numero di giorni (massimo dieci) pari a quelli necessari

---

<sup>35</sup> Per "prova di resistenza" si intende la prova che «in relazione alle specifiche censure dedotte, l'accoglimento del ricorso arrecherebbe una qualche utilità, giuridicamente apprezzabile nella sfera del ricorrente. Diversamente, infatti, il ricorso andrebbe dichiarato inammissibile per carenza di interesse, in quanto inidoneo a consentire il raggiungimento da parte del ricorrente del bene della vita (nel caso di specie aggiudicazione del contratto), cui esso aspira»; così si esprime G. Befani, *È inammissibile il ricorso che non supera la "prova di resistenza"*, 18 novembre 2016, all'indirizzo <http://lamministrativista.it/articoli/news/inammissibile-il-ricorso-che-non-supera-la-prova-di-resistenza#:~:text=%E2%80%9Cprova%20di%20resistenza%E2%80%9D%2C%20ovverosia,apprezzabile%20nella%20sfera%20del%20ricorrente,> visitato il 14/09/2020.

<sup>36</sup> Si veda il par. 2.1 del presente lavoro.

<sup>37</sup> Si veda ex multis: Cons. Stato, sez. V., n. 3675 del 26 luglio 2017; sez. V, n. 1953 del 27 aprile 2017; sez V n. 4916 del 26 novembre 2016; Cons. giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd. N. 274 del 8 giugno 2017.

per avere piena conoscenza e contezza dell'atto e dei relativi profili di illegittimità, ove, appunto, questi non fosse *ictu oculi* desumibili dalla comunicazione dell'aggiudicazione<sup>38</sup>.

È stato poi precisato<sup>39</sup> che qualora, invece, la stazione appaltante avesse illecitamente realizzato dei comportamenti ostruzionistici e dilatori, il termine iniziava a decorrere dalla data in cui l'accesso veniva effettivamente consentito, con conseguente persistenza del potere di impugnare. Viceversa, se la comunicazione ex art. 79 sulla mancata aggiudicazione fosse stata completa in punto di motivazione e determinazioni della PA, tale da consentire l'espletamento del diritto di difesa, il termine per l'impugnazione iniziava a decorrere dal momento dell'avvenuta comunicazione, salva la possibilità di presentare ricorso per motivi aggiunti qualora fossero emersi successivamente ulteriori elementi di criticità.

Un contrapposto orientamento<sup>40</sup>, invece, più rigido, riteneva che il termine per l'impugnazione dovesse decorrere dall'avvenuta comunicazione ex art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 a prescindere dalla completezza o meno della suddetta comunicazione: non rilevava la differenza tra momento dell'avvenuta comunicazione e momento della scoperta del vizio. Il termine, cioè, decorreva sempre dalla ricezione della comunicazione o in mancanza dalla conoscenza *aliunde* dell'atto; l'eventuale conoscenza di vizi dell'aggiudicazione successivi alla comunicazione consentirebbe, al più, la proposizione di soli motivi aggiunti.

Del resto, si sosteneva, la distinzione tra vizi evincibili dal provvedimento comunicato, per il quale il *dies a quo* avrebbe decorrenza dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e gli altri vizi *aliunde* percepibili, per i quali il termine di impugnazione sarebbe temporalmente dilatato e posposto, non avrebbe riscontro nel diritto positivo.

#### **4. Il problema dell'individuazione del *dies a quo* dell'impugnazione alla luce del nuovo codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50/2016). La rimessione all'Adunanza Plenaria.**

Il quadro normativo, che aveva legittimato l'emersione di tali orientamenti, è tuttavia profondamente cambiato con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 50/2016. Tale codice non ha testualmente modificato il dettato dell'art. 120 co. 5 del c.p.a., ma ha creato una doppia interferenza.

---

<sup>38</sup> In questo senso si veda, ex multis, Cons. Stato, sez. III, n. 4432 del 28 agosto 2014; sez. V, n. 864 del 10 febbraio 2015; sez. V, n. 718 del 5 febbraio 2018.

<sup>39</sup> Ex multis Cons. Stato, sez. III, n. 3308 del 22 luglio 2016; sez. V, n. 4144 del 7 settembre 2015.

<sup>40</sup> In questo senso si veda Cons. Stato, sez. V, n. 381 del 2 aprile 1996, sez. IV n. 3298 del 21 maggio 2004, richiamate poi da Cons. Stato, sez. V, n. 7384 del 28 ottobre 2019; sez. IV n. 856 del 23 febbraio 2015.

La prima interferenza è rinvenibile nella mancanza di coordinamento normativo. Infatti, l'art. 217 del secondo codice ha sì abrogato il d.lgs. 163/2006, e con esso anche l'art. 79, ma non ha modificato il richiamo che l'art. 120 co. 5. fa allo stesso art. 79. Il 120 co. 5 c.p.a. richiama cioè una norma che, a partire dal 2016, non esiste più nello scenario normativo<sup>41</sup>.

La seconda interferenza, invece, è da riscontrare nell'analisi sistematica delle norme concernenti la conoscenza e la pubblicazione degli atti di gara per come introdotte dal nuovo codice appalti. Infatti gli articoli 29 e 76 del nuovo codice contengono disposizioni ben diverse rispetto a quelle contenute nell'art. 79 del vecchio codice che, in virtù del richiamo esistente nell'art. 120 co. 5 c.p.a., avevano anche la funzione di delimitare il perimetro applicativo dello stesso art. 120 sulla corretta individuazione del dies a quo per l'impugnazione degli atti di gara.

Nello specifico l'art. 29 del nuovo codice degli appalti, in applicazione del principio di trasparenza, ha disposto che tutti gli atti del procedimento devono essere pubblicati e aggiornati nella sezione "Amministrazione trasparente" della stazione appaltante, aggiungendo che «fatti salvi gli atti a cui si applica l'art. 73 co. 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione ricorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente».

Per contro, il vigente art. 76 ha disposto, in capo all'amministrazione aggiudicatrice, un generico onere di informazione tempestiva di tutte le decisioni adottate nell'ambito della procedura di gara, ivi compresi i motivi sottesi al relativo provvedimento, nonché un obbligo di comunicazione immediata e d'ufficio, o comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, di tutte quelle decisioni adottate che possano coinvolgere la partecipazione alla gara dei concorrenti, quali il provvedimento di aggiudicazione, il provvedimento di esclusione, la data di stipula del contratto con aggiudicazione, la decisione della PA di non aggiudicare l'appalto. Preme, inoltre, rilevare che l'art. 76 prevede l'obbligo di comunicazione immediata, e comunque in un termine non superiore a quindici giorni, di quei provvedimenti che lo stesso offerente richiede a proprio interesse, quale ad esempio, i motivi del rigetto della propria offerta.

Lo scenario normativo composito, pur avendo avuto il pregio di introdurre disposizioni rilevanti in punto di trasparenza e pubblicazione<sup>42</sup>, non ha sopito il dibattito intorno alla corretta individuazione del dies a

---

<sup>41</sup> Art. 217 co. 1 d.lgs. 50/2016: "Fermo restando quanto previsto dall'art. 216, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono o restano abrogati in particolare: (...) e) il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".

<sup>42</sup> L'occasione è utile per ricordare come il principio di trasparenza, oltre ad essere principio fondante l'attività amministrativa ex art. 1 l. 241/90 e oltre a costituire livello essenziale delle prestazioni erogate dalla PA ai sensi del 117 co. 2 lett. m) Cost., si presta senza dubbio ad essere principio cardine ed informatore soprattutto di un settore, quale quello degli appalti pubblici, che più di ogni altro avverte il pericolo della corruzione e delle infiltrazioni mafiose. In particolare, proprio con riguardo alle ultime riforme in tema di corruzione, si è sottolineato come le novità legislative abbiano avuto il pregio di predisporre strumenti che «se ben declinati, potranno portare effettiva trasparenza e efficienza in un mercato non immune da vischiosità burocratica e illegalità». Si veda al riguardo R. Rolli, D. Sammarro, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: l'ANAC e l'Uomo di Vitruvio*, in *giustamm.it*, n. 4/2016. Sulla pervasività della trasparenza nel sistema amministrativo e, in particolare, in relazione ai fenomeni corruttivi si veda R. Rolli e N. Posteraro, *Anticorruzione e misure sanzionatorie: legge 190/2012 e d.d.l. Grasso*, in *dirittoamministrativo.it*, 2013 «Nel suo complesso, l'impianto legislativo attraverso la trasparenza è volto a contrastare in via amministrativa fenomeni corruttivi ed a reprimerli con sanzioni penali: essa costituisce un concreto segnale tenacia in un momento storico pervaso da forte crisi valori e ideali». In particolare, gli A.A. sottolineano come «(...) la trasparenza assurge

quo dell'impugnazione dell'aggiudicazione. I due precedenti orientamenti giurisprudenziali *supra* ricordati, infatti, hanno trovato cittadinanza anche a fronte delle modifiche normative, soprattutto a causa del mancato coordinamento dell'art. 120 co. 5 con la nuova disciplina codicistica.

Infatti, come già anticipato, l'art. 120 al co. 5 richiama espressamente disposizioni del vecchio codice che, tuttavia, risultano abrogate.

Sicché, una parte della giurisprudenza<sup>43</sup> ha confermato quell'orientamento che sosteneva la decorrenza del termine per impugnare in ogni caso dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione, ovvero in mancanza, dalla conoscenza dell'aggiudicazione che l'interessato abbia acquisito aliunde: nonostante il richiamo che l'art. 120 co. 5 fa all'art. 79, stante l'abrogazione dello stesso art. 79 ad opera del nuovo codice, viene meno la differenza tra vizi desumibili dall'atto, per i quali il dies a quo decorrerebbe dal giorno della comunicazione, e vizi percepibili aliunde, per i quali il dies a quo decorrerebbe dal giorno dell'effettiva conoscenza, consentendo quindi la proposizione di motivi aggiunti. Il mancato coordinamento tra il 120 co. 5 e il nuovo codice è, secondo questo orientamento, privo di risvolti pratici, una mera disattenzione stilistica del legislatore.

Altra parte della giurisprudenza<sup>44</sup>, invece, ha avvalorato il primo orientamento diffusosi ante d.lgs. 50/2016 e ha inteso il richiamo che il 120 co. 5 fa all'art. 79 non già come un dato superfluo, ma come un implicito richiamo alla nuova norma in cui è stato trasfuso il contenuto dell'art. 79, cioè il nuovo articolo 76 del d.lgs. 50/2016. Il rinvio interno deve cioè essere adeguato all'evoluzione normativa, dovendosi intendere come una sorte di rinvio mobile, comprensivo quindi anche delle modifiche normative successivamente intervenute. Con la conseguenza che il dies a quo avrebbe dovuto decorrere dalla comunicazione ex art. 79 (*rectius* art. 76 d.lgs. 50/2016) qualora la stessa fosse stata idonea a mettere in luce le ragioni di preferenza dell'offerta dell'aggiudicatario; qualora invece si fosse reso necessario l'accesso alle informazioni per cogliere le ragioni sottese all'aggiudicazione, il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione avrebbe dovuto essere incrementato di un numero di giorni pari a quelli necessari per ottenere la conoscenza dell'atto, oggi fino ad un massimo di quindici giorni (proprio perché l'art. 76 individua il termine di quindici giorni come limite massimo entro cui la SA può fornire le informazioni richieste). Infine, se l'amministrazione avesse fraudolentemente rifiutato l'accesso ovvero avesse tenuto comportamenti dilatori, il termine per l'impugnazione avrebbe dovuto decorrere dalla data in cui l'accesso era stato consentito.

---

a vero e proprio bene giuridico e la legge anticorruzione appresta una variegata serie di misure idonee ad assicurarne la concreta effettività». Così anche B. Bevilacqua, *Le misure sanzionatorie amministrative e penali della legge anticorruzione* (L. 6 novembre 2012, n. 190), in *penalecontemporaneo.it*, 2013.

<sup>43</sup> Ex multis, Cons. Stato, V, 28 ottobre 2019, n. 7384; sez. IV, 23 febbraio 2015, n. 856; V, 20 gennaio 2015, n. 143, le quali si rifanno all'orientamento invalso prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e del quale sono espressione Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3298; V, 2 aprile 1996, n. 381; V, 4 ottobre 1994, n. 1120; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giuris. 20 aprile 1998, n. 261.

<sup>44</sup> Ex multis, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019 n. 3879; sez. V, 27 novembre 2018 n. 6725; sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251; sez. V, 2 settembre 2019 n. 6064; sez. V, 13 agosto 2019 n. 5717; sez. III 6 marzo 2019, n. 1540.

Il contrasto giurisprudenziale ha determinato la rimessione della problematica alla decisione dell'Adunanza Plenaria. In particolare, l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 2215 del 2 aprile 2020, richiede al Supremo Consesso di analizzare le seguenti questioni:

«a) se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere di norma dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016; b) se le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, eccettuata l'ipotesi da considerare patologica – con le ovvie conseguenze anche ai soli fini di eventuali responsabilità erariale – della omessa o incompleta pubblicazione prevista dal già citato articolo 29; c) se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia giammai idonea a far slittare il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, che decorre dalla pubblicazione ex art. 29 ovvero negli altri casi patologici dalla comunicazione ex art. 76, e legittima soltanto la eventuale proposizione dei motivi aggiunti, ovvero se essa comporti la dilazione temporale almeno con particolare riferimento al caso in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero dalle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; d) se dal punto di vista sistematico la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a. che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara, in particolare dell'aggiudicazione dalla comunicazione individuale (ex art. 78 del D. Lgs. n. 50 del 2018) ovvero dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi (di conoscenza) e due momenti (di decorrenza) del tutto equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione individuale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza aliunde modalità secondaria o subordinata e meramente complementare; e) se in ogni caso, con riferimento a quanto considerato in precedenza sub d), la pubblicazione degli atti di gara ex art. 29 del D. Lgs. n. 50 del 2016 debba considerarsi rientrante in quelle modalità di conoscenza aliunde; f) se idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione debbano considerare quelle forme di comunicazione e pubblicità individuate nella lex specialis di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della stessa partecipazione alla procedura di gara».



#### 4.1. Analisi della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020.

La materia degli appalti è materia che assume una fondamentale rilevanza non solo per l'economia nazionale, essendo il principale strumento di attivazione dei circuiti economici del paese<sup>45</sup>, sia in termini monetari sia, e soprattutto, in termini di benefici sociali e umani; ma è una materia la cui disciplina, proprio per l'impatto economico riscontrabile, è stata sempre tendenzialmente monopolizzata dagli organi europei<sup>46</sup>. Sicché, anche la specifica problematica del corretto inquadramento della decorrenza del termine di impugnazione merita di essere affrontata alla luce delle direttive, normative e giurisprudenziali, dell'Unione europea. Ed è proprio questo il punto di partenza della risposta fornita dall'Adunanza Plenaria.

In particolare, normativamente, l'art. 2 quater della direttiva n. 665/1989 prevede che il termine per la proposizione del ricorso decorra dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata al partecipante alla gara, accompagnata da una relazione sintetica dei motivi. La normativa europea cristallizza nel giorno successivo alla comunicazione della decisione il momento da cui far decorrere il termine per l'impugnazione; si riconosce in tale evento una data – per usare le stesse parole della CGUE – oggettivamente riscontrabile<sup>47</sup>.

Invero, proprio la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha evidenziato che i ricorsi avverso gli atti delle procedure di gara sono efficaci solo se «i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere

---

<sup>45</sup> G. Mele, (coordinato da) I. Cipolletta, S. Micossi, G. Nardozzi, *Appalti pubblici e concorrenza*, in Progetto Concorrenza di Confindustria, Centro studi Confindustria, [http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/PAPE/PAPER\\_7B.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/PAPE/PAPER_7B.pdf) «Gli appalti pubblici (o public procurement) rappresentano lo strumento attraverso il quale un ente pubblico, in senso lato, acquisisce dal mercato beni e prestazioni da destinare, direttamente o indirettamente, al soddisfacimento dei bisogni della collettività; sul piano della politica economica, essi svolgono una rilevante funzione, connessa alla quantità e alla qualità delle risorse pubbliche impiegate a tale scopo [...] In effetti, la dimensione del public procurement nelle economie nazionali ed europea risulta particolarmente cospicua<sup>2</sup>. Negli ultimi anni (1995-2003), il loro valore in rapporto al PIL è stato mediamente di poco superiore al 16% nell'UE a 15 e nel 2003 è stimabile in circa 1.525 miliardi di euro (16,2% del PIL). Nel periodo considerato, a livello comunitario si è verificato un andamento inizialmente discendente, durato fino al 2000 (con il 15,6% sul PIL, rispetto al 17% del 1995), per poi manifestare una costante tendenza alla ripresa e alla stabilizzazione intorno ai valori medi annui rilevati sull'intero periodo. [...] Si tratta, quindi, di dimensioni economiche molto rilevanti, sulle quali l'interesse europeo ad una comune visione, sul piano della politica economica e dell'integrazione, riguarda almeno due importanti obiettivi: l'efficienza della spesa pubblica (anche ai fini della convergenza e della stabilità delle finanze pubbliche) e l'ampliamento del mercato interno».

<sup>46</sup> Si riportano le conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nella Causa C-171/15 (“Connexion Taxi Services BV”) laddove ha affermato che: «65. In materia di appalti pubblici si avverte la stessa tendenza che possiamo osservare in altre aree del diritto pubblico europeo: se la Corte di giustizia, inizialmente, si limitava a rinviare all'autonomia processuale degli Stati membri e di utilizzare, come correttivo, i principi di equivalenza e di effettività, quali requisiti minimi imposti ai sistemi nazionali di controllo giurisdizionale nelle controversie riguardanti il diritto dell'Unione, a poco a poco le esigenze inerenti alla tutela o «protezione giudiziaria» si stanno imponendo, perché, parallelamente, aumenti l'intensità di tale controllo. 66. Tale tendenza, come è logico, è più accentuata nei settori in cui il legislatore dell'Unione ha adottato norme di armonizzazione proprio in relazione al controllo giurisdizionale di determinate decisioni delle autorità nazionali. Ciò avviene, in particolare, nell'ambito degli appalti pubblici, poiché la direttiva 89/665, con le sue successive modificazioni, ha espresso la consapevolezza che la normativa comunitaria sarebbe rimasta «lettera morta» senza la previsione di meccanismi di ricorso non solo armonizzati, ma anche effettivi, attraverso i quali venga salvaguardata l'osservanza delle norme applicabili. Tali meccanismi hanno lo scopo non soltanto di tutelare i diritti degli offerenti, ma anche di migliorare il sistema degli appalti pubblici nel suo insieme, la cui rilevanza economica per il mercato interno va sempre sottolineata».

<sup>47</sup> Cons. Stato, A.P., n. 12/2020, punto 28.1. – 28.2.

dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione», sottolineando peraltro che la possibilità di proporre motivi aggiunti «non costituisce sempre un'alternativa di tutela valida effettiva<sup>48</sup>».

Sempre la Corte di Giustizia<sup>49</sup>, in tema di compatibilità con i principi euro-unitari del rito super-accelerato ex art. 120, co. 2 bis c.p.a., ha osservato che «la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza consentono di realizzare l'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665» aggiungendo che tale obiettivo può essere conseguito «solo se i termini prescritti [...] iniziano a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell'asserita violazione di disposizioni. [...] Gli stati membri hanno di istituire un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, onde consentire ai singoli di conoscere i loro diritti e obblighi», nonché permettere un effettivo controllo giurisdizionale.

Da quanto riportato, è evidente che la normativa UE non considera negativamente l'esistenza di un termine di decadenza<sup>50</sup>; lo prevede, lo ammette. È tuttavia necessario che lo stesso costituisca un sistema sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, tale da palesarsi come oggettivamente percepibile. E allora, rilevanza fondamentale assume proprio la conoscenza: i termini iniziano a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto effettivamente a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione, perché è questo il momento in cui obiettivamente il soggetto può riscontrare un'illegittimità e agire per vedersi tutelare i propri diritti.

Richiamata la normativa e della giurisprudenza unionale, l'Adunanza Plenaria si sofferma sulla ricerca nel tessuto normativo interno di quella «data oggettivamente riscontrabile<sup>51</sup>» da cui far decorrere il termine di impugnazione.

Il quadro normativo di partenza, si è già avuto modo di sottolineare, è composito: vengono in rilievo sicuramente le norme specifiche in materia di appalto, e quindi l'art. 120 co. 5 c.p.a. – in uno con il rinvio

---

<sup>48</sup> Corte di giust. eur., sez. V, 8 maggio 2014, causa C – 161/13.

<sup>49</sup> Corte di giust. eur., sez. IV, 14 febbraio 2019, causa C – 54/18.

<sup>50</sup> M.A. Sandulli, *Il rito speciale in materia di appalti pubblici*, cit. «(...) la Corte di Giustizia UE ha espressamente affrontato il problema della compatibilità col diritto dell'Unione delle disposizioni interne che prevedono termini di decadenza dell'impugnazione degli atti di gara (sentenze Universale-Bau 12 dicembre 2012 in C-470/99 e Santex, 27 febbraio 2003, in C-327/00) ma, pur escludendo la sussistenza in linea assoluta di tale incompatibilità, ha sottolineato che la previsione di termini di decadenza non deve impedire al giudice nazionale di valutare se, nelle singole fattispecie, il comportamento delle SS.AA. non sia stato tale da precludere una tutela effettiva (come evidentemente sarebbe, la mancata ostensione della documentazione sottesa ai provvedimenti suscettibili di impugnazione e la mancata esternazione dei motivi che li hanno giustificati), imponendosi in questo caso la disapplicazione del termine decadenziale. Si ricordano in proposito le sentenze CGUE, sez.V, 8 maggio 2014, causa C – 161/13 e Uniplex, UK, Ltd, CGUE Sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08, espressamente nel senso che “ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni”».

<sup>51</sup> In particolare al punto 28.3, Cons. Stato, A.P., n. 12/2020 cit., il Supremo consesso ritiene indispensabile che anche la normativa nazionale sia interpretata nel senso che «il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara di appalto non può che decorrere da una data ancorata all'effettuazione delle specifiche formalità informative di competenza della Amministrazione aggiudicatrice, dovendosi comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata all'ordinaria diligenza».

interno ad una norma per vero abrogata (l'art. 79 del vecchio codice<sup>52</sup>) – e l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016 sulle informazioni da fornire ai concorrenti; nonché le norme generali e i principi da esse desumibili, e quindi l'art. 29 del d.lgs. 50/2016 e l'art. 41 del c.p.a.

Innanzitutto, l'Adunanza Plenaria, pur rilevato il mancato coordinamento riscontrabile dalla piana lettura dell'art. 120 co. 5 c.p.a., sottolinea che, sotto la vigenza del vecchio codice, era possibile rinvenire una data oggettivamente riscontrabile, da individuare «in considerazione degli incumbenti formali cui è tenuta ex lege l'amministrazione aggiudicatrice e del rispetto della regola della diligenza cui è tenuta l'impresa interessata<sup>53</sup>». In sede di emanazione del secondo codice, invero, non vi è stata la volontà di modificare la regola speciale codificata dall'art. 120 c.p.a. giacché, mantenendo il riferimento che la norma fa all'art. 79 del primo codice, si è voluto continuare a dare rilievo decisivo agli incumbenti formali informativi cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice.

E allora, alla luce della *voluntas legislatoris* (per quanto non palesemente espressa), «il riferimento alla formalità prevista dall'art. 79 del primo codice deve ora intendersi effettuato alle formalità previste dall'art. 76 del secondo codice<sup>54</sup>». In sostanza, l'Adunanza Plenaria ritiene che il rinvio debba essere interpretato nel senso che possa arrecare una utilità alla norma e permettere una tutela effettiva: è evidente un deficit di coordinamento nella disciplina, ma solo il legislatore potrà ricondurlo a sistema con una interpolazione normativa, nell'espletamento del proprio discrezionale potere legislativo<sup>55</sup>. Perciò, il 120 co. 5, nella parte in cui rinvia all'art. 79 del primo codice ai fini della determinazione del dies a quo dell'impugnazione, in realtà rinvia al nuovo art. 76 del secondo codice.

Tale interpretazione, invero, non soppesce i termini della questione: infatti l'art. 76 del nuovo codice non ripropone pedissequamente il contenuto del vecchio art. 79, non essendo stata trasfusa nel secondo

---

<sup>52</sup> Stante l'esistenza di difetto di coordinamento, l'Adunanza Plenaria nella decisione in commento si premura di applicare il meccanismo dell'art. 58 del R.D. n. 444/1942, al fine di trasmettere la decisione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri «per la doverosa segnalazione di tale mancato coordinamento, affinché sia disposta una modifica legislativa ispirata alla necessità che vi sia un sistema di termini di decadenza sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile, disciplinato dalla legge con disposizioni di immediata lettura da parte degli operatori cui si rivolgono le direttive dell'Unione Europea» (cfr. Cons. Stato, A.P., n. 12/2020, punto 21).

<sup>53</sup> Cons. Stato, A.P., n. 12/2020 cit., punto 23.

<sup>54</sup> Cons. Stato, A.P., n. 12/2020 cit., *ibidem*.

<sup>55</sup> Tale conclusione rappresenta il logico precipitato del principio di separazione dei poteri che anima, in generale, il rapporto tra potere giudiziario e potere legislativo: il giudice può intervenire e sindacare le norme purché tale sindacato non si estrinsechi in una rimodulazione delle scelte operate dal legislatore e di sua esclusiva spettanza. Esemplicative sul punto sono le sentenze monito della Corte Costituzionale, sebbene afferenti ad una materia diversa dal presente campo di indagine (cioè la materia penale). Da ultimo si veda Corte Cost., sentenza n. 179/2017, in materia di stupefacenti. In particolare, con esplicito riferimento all'art. 73 t.u. stup., la Corte dichiara di non potersi sottrarre alla verifica sulla ragionevolezza e proporzionalità della misura della pena, ma – allo stesso tempo – di non poter decidere arbitrariamente quale sia quella preferibile tra le tante soluzioni costituzionalmente accettabili. Al tempo stesso i giudici inviano però un chiaro monito al legislatore: «in assenza di una univoca indicazione legislativa già disponibile nel sistema giuridico, questa Corte reputa necessario, nel rispetto delle reciproche competenze istituzionali, richiamare prioritariamente il legislatore alla propria responsabilità, affinché la misura della pena sia riportata in armonia con i principi costituzionali per via legislativa, scegliendo una tra le molteplici opzioni sanzionatorie tutte ugualmente legittime e alternative a quella censurata. In mancanza di un intervento del legislatore, la Corte sarebbe però successivamente obbligata a intervenire, non mai in malam partem, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza». Per una ricostruzione della vicenda si veda C. Bray, *La Corte Costituzionale salva la pena minima (di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore*, in *penalecontemporano.it*, fasc. n.11/2017.

codice la disposizione sull'accesso informale, previsto invece dall'art. 79, comma 5 quater, del vecchio codice. Tuttavia, ritiene l'Adunanza Plenaria, «rilevano le disposizioni generali sull'accesso informale previste dall'art. 5 del regolamento approvato con il D.P.R. N. 184/2006<sup>56</sup>» che sono divenute applicabili proprio a seguito dell'abrogazione delle disposizioni speciali sull'accesso c.d. informale.

È possibile, quindi, giungere ad una prima risultanza: accedendo al primo orientamento diffusosi ante d.lgs. 50/2016<sup>57</sup> (cui effettivamente l'Adunanza Plenaria dichiara di accedere), il rinvio del 120 co. 5 c.p.a. deve essere adeguato alla nuova normativa e quindi letto alla luce dell'art. 76, non essendo possibile desumere dal tessuto normativo esistente la volontà del legislatore di modificare la regola speciale per la determinazione del dies a quo dell'impugnazione prevista per gli appalti. Inoltre, pur mancando una disciplina speciale di accesso informale, non essendo stato trasfuso nel nuovo art. 76 il vecchio co. 5 quater dell'art. 79, trova applicazione comunque la disciplina generale prevista dal D.P.R. 184/2006, di talché l'amministrazione deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti e nel caso in cui l'amministrazione rifiuti o impedisca l'accesso con comportamenti dilatori, il termine per l'impugnazione inizia a decorrere solo da quando l'interessato abbia avuto concreta conoscenza degli atti.

Chiarita la valenza del rinvio, l'Adunanza si sofferma ulteriormente sul problema della corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione e, con esso, sulla perimetrazione del significato da attribuire alla piena conoscenza.

Ritiene l'Adunanza Plenaria che, nella corretta individuazione del dies a quo dell'impugnazione, non si possa prescindere dall'art. 29 d.lgs. 50/2016 e dalla ratio di trasparenza a tale norma sottesa: la norma, infatti, prevede in generale un obbligo di pubblicazione degli atti di gara e fa decorrere gli effetti degli atti dal momento della pubblicazione. Per cui, dal combinato disposto dell'art. 29 con l'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, emerge che se, da un lato, è vero che l'amministrazione aggiudicatrice deve informare delle determinazioni assunte in relazione all'aggiudicazione qualsiasi concorrente ai sensi dell'art. 76 d.lgs. 50/2016, è altresì vero che lo deve fare nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione previste dal codice e indicate proprio dall'art. 29. La stazione appaltante, quindi, è onerata sia di dare una risposta specifica a fronte di una richiesta altrettanto specifica, ma non è per ciò solo esonerata dall'onere di pubblicazione ex art. 29. Contestualmente all'obbligo di pubblicazione in capo alla PA sorge un onere in capo al concorrente, un onere di diligenza della singola impresa tenuta a controllare e a verificare lo stato della procedura sul sito della PA, al fine di prendere immediata conoscenza di eventuali atti lesivi. In altri

---

<sup>56</sup> Cons. Stato, A.P., n. 12/2020, cit., punto 25.

<sup>57</sup> Secondo tale orientamento, si ricorda, il richiamo che il 120 co. 5 fa all'art. 79 va interpretato come un implicito richiamo al nuovo articolo 76 del d.lgs. 50/2016, con la conseguenza che il dies a quo decorre: dalla comunicazione ex art. 79 (*rectius* art. 76 d.lgs. 50/2016) qualora la stessa fosse stata idonea a mettere in luce le ragioni di preferenza dell'offerta dell'aggiudicatario; qualora invece si fosse reso necessario l'accesso alle informazioni per cogliere le ragioni sottese all'aggiudicazione, il termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione avrebbe dovuto essere incrementato di un numero di giorni pari a quelli necessari per ottenere la conoscenza dell'atto, oggi fino ad un massimo di quindici giorni; infine, se l'amministrazione avesse fraudolentemente rifiutato l'accesso ovvero avesse tenuto comportamenti dilatori, il termine per l'impugnazione avrebbe dovuto decorrere dalla data in cui l'accesso era stato consentito.

termini, l'art. 76 fa riferimento al momento in cui i concorrenti sono informati delle decisioni adottate dalla stazione appaltante, nel rispetto però delle specifiche modalità di pubblicazione previste dallo stesso codice, sì da richiamare implicitamente l'art. 29.

La lettura sistematica delle norme riafferma, allora, la rilevanza della data oggettivamente riscontrabile, la cui individuazione «continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla 'informazione' e alla 'pubblicazione' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una 'richiesta scritta', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, co. 2 del secondo codice applicabile per identità di ratio anche all'accesso formale<sup>58</sup>».

Così ricostruito lo scenario normativo, emerge la portata dirompente della pubblicazione. È dalla pubblicazione che inizia a decorrere il termine per impugnare l'aggiudicazione, perché è da questo momento che il concorrente escluso è effettivamente nella condizione di poter riscontrare la violazione dei suoi diritti. È nella pubblicazione che si concretizza il concetto di "data oggettivamente riscontrabile" richiesta dalla giurisprudenza comunitaria come momento in cui si può affermare la piena conoscenza dell'atto. Così come è data oggettivamente riscontrabile quella in cui l'impresa fa accesso agli atti di gara: è da quel momento, in assenza di una completa motivazione sull'aggiudicazione, che il concorrente escluso può far valere l'illegittimità della sua esclusione, conoscendone le ragioni sottese.

Poiché il termine per l'impugnazione inizia a decorrere dalla data oggettivamente riscontrabile, e quindi dalla conoscenza del contenuto degli atti, non è necessaria la previa proposizione di un ricorso "al buio" e in abstracto<sup>59</sup>: se così fosse, l'esigenza di tutela del privato sarebbe vanificata dalla declaratoria di inammissibilità per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso ex art. 40 co. 1, lett. d) del c.p.a.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 12/2020, quindi, riprende l'orientamento più garantista che si era affermato sia in epoca anteriore al nuovo codice, sia successivamente, e lo coordina con i principi desumibili dall'art. 29 d.lgs. n. 50/2016. Sicché, il termine per l'impugnazione decorre in generale dalla data di pubblicazione generalizzata degli atti di gara, inclusi i verbali di gara e inclusa ovviamente l'aggiudicazione.

Qualora, però, dalla pubblicazione dell'atto non sia possibile desumere elementi idonei a radicare un giudizio prognostico di illegittimità che consenta all'impresa il superamento della prova di resistenza, e sia conseguentemente necessario richiedere l'accesso alle informazioni in possesso della PA, il termine per l'impugnazione sarà dilatato di un numero di giorni pari a quelli necessari per avere piena conoscenza dell'atto, fino ad un massimo di quindici giorni, per come desumibile dal richiamo al nuovo art. 76 che ha sostituito l'art. 79 del vecchio codice, al quale può paragonarsi stante l'identità di ratio.

---

<sup>58</sup> Cons. Stato, A.P. n. 12/2020, cit., punto 27.

<sup>59</sup> Cfr. Corte giust. eur. Sez. V, 8 maggio 2014, in C – 161/13 cit., punto 40.

Il termine per l'impugnazione andrebbe poi ulteriormente procrastinato nelle ipotesi in cui, a fronte di vizi non desumibili dalla mera aggiudicazione, l'impresa abbia richiesto l'accesso e la PA abbia illecitamente realizzato comportamenti ostruzionistici e dilatori: in tali casi, il termine per l'impugnazione inizierà a decorrere dalla data in cui l'accesso sarà effettivamente consentito.

In sintesi, secondo l'Adunanza Plenaria, nonostante l'improprio richiamo dell'art. 120 co. 5 c.p.a., ai fini della determinazione del termine di impugnazione rilevano in primo luogo le regole che le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare in tema di informazione dei candidati e degli offerenti, secondo il nuovo disposto dell'art. 76 del secondo codice; in secondo luogo rilevano le regole sull'accesso informale la cui disciplina generale è contenuta nell'art. 5 del D.P.R. n. 184/2006 esercitabile – anche quando si tratti di documenti per i quali la legge non prevede espressamente la pubblicazione – non oltre il termine di quindici giorni (cioè il termine previsto dall'art. 76, prima parte del co. 2 del secondo codice); in terzo luogo, ed in termini più generali, rilevano le regole sulla pubblicazione degli atti descritte dall'art. 29 d.lgs. 50/2016, il cui rispetto comporta la conoscenza legale di tali atti, poiché «l'impresa deve avere un comportamento diligente nel proprio interesse<sup>60</sup>».

L'Adunanza Plenaria, respingendo quindi l'orientamento favorevole ai c.d. ricorsi al buio, formula i seguenti principi di diritto: «a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016; b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale; c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta; d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione; e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati<sup>61</sup>».

---

<sup>60</sup> Cons. Stato, A.P., 12/2020 cit., punto 29.

<sup>61</sup> Cons. Stato, A.P., 12/2020 cit., punto 32.

## 5. Considerazioni conclusive

I principi di diritto enunciati dalla decisione fornita dall'Adunanza Plenaria sono senza dubbio conformi alle esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazione di affidamenti di appalti pubblici, ma, al contempo, rappresentano una risposta improntata al perseguimento dell'effettività della tutela.

«Il principio di effettività della tutela ha avuto il merito di porre al centro del sistema processuale il bene della vita, ossia l'interesse sostanziale del ricorrente<sup>62</sup>», sì da cristallizzare la concezione sostanziale dell'interesse legittimo. Di talché il giudizio amministrativo non si traduce più in un mero sindacato sull'atto, ma in un giudizio sul rapporto, sulla pretesa sostanziale fatta valere dal privato<sup>63</sup>.

Ebbene, la codificazione del principio nell'art. 1 c.p.a. (con una localizzazione non del tutto priva di un significato allusivo) impone al giudice amministrativo di emettere pronunce che tengano sempre conto dell'interesse concreto alla conservazione ovvero all'acquisizione del bene della vita, in ragione del quale è sorto il giudizio<sup>64</sup>. Proprio dal rispetto di tale imposizione sono scaturite le risultanze dell'Adunanza Plenaria nel caso della corretta identificazione del dies a quo per l'impugnazione.

Del resto, sarebbe contrario proprio al principio ex art. 1 c.p.a. richiedere la proposizione di un ricorso in abstracto contro un provvedimento di aggiudicazione di cui però non si conoscono le motivazioni, per poi riservare al solo ricorso con motivi aggiunti la chiara delineazione delle difese. L'impugnazione al buio sarebbe in netto contrasto con il disposto di cui all'art. 40 co. 1 lett. d) del c.p.a.: l'assenza dell'enunciazione dei motivi specifici di ricorso determinerebbe sempre l'inammissibilità del ricorso. Un tale approccio, pur sostenuto dalla giurisprudenza, non appare espressivo dei principi di effettività della tutela, vieppiù considerando che, come ha affermato la CGUE, il ricorso per motivi aggiunti non sempre costituisce un'alternativa valida alla tutela giurisdizionale effettiva, proprio perché i concorrenti esclusi sarebbero costretti ad impugnare al buio, con ciò compromettendo radicalmente il proprio diritto di difesa<sup>65</sup>.

La decisione dell'Adunanza Plenaria, allora, permette di focalizzare l'attenzione proprio sulla rilevanza della piena conoscenza qualificabile come data oggettivamente riscontrabile alla luce dell'imprescindibile interpretazione tracciata in maniera consolidata dalla CGUE.

Piena conoscenza significa effettività di tutela e l'effettività della tutela non può accontentarsi della conoscenza della potenzialità lesiva di un atto: è il principio di effettività che impone che il privato sia

---

<sup>62</sup> M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit.

<sup>63</sup> Per un approfondimento sul tema si veda M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit., nonché F. Caringella, S. Mazzamuto, G. Morbidelli, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike giuridica editore, Roma, 2015.

<sup>64</sup> M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit.

<sup>65</sup> Del resto, come sottolineato da M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit., il principio di effettività di tutela «si fonda sul confronto, effettuato dalla Corte di Giustizia, tra il livello di tutela offerto dall'ordinamento nazionale e lo standard minimo di tutela, da garantire in maniera uniforme nell'ordinamento europeo».

consapevole delle ragioni che hanno indotto la PA a determinarsi in un senso piuttosto che in un altro; è il principio di effettività che impone che la piena conoscenza non può constatarsi alla luce dell'adempimento di un onere meramente formale (quale è appunto la comunicazione ex art 79 del vecchio codice – rectius 76 del nuovo codice) perché da una semplice comunicazione possono non evincersi vizi di eccesso di potere ovvero di violazione di legge; è il principio di effettività che impone che in tanto il termine decadenziale di impugnazione può iniziare a decorrere in quanto il privato abbia le informazioni necessarie per poter tutelare le proprie ragioni e far valere i vizi della procedura.

È in quest'ottica che quindi si spiega la disciplina dell'accesso informale e la conseguente dilazione temporale del dies a quo: il codice dei contratti pubblici assegna al privato uno strumento ad hoc (diverso dall'accesso procedimentale ex art. 22 l. 241/1990<sup>66</sup>) al fine di giungere, in tempi brevi, ad una puntuale conoscenza dell'atto e, quindi, ad un celere impugnazione dell'atto di gara senza prescindere dalla effettiva conoscenza dei motivi che potrebbero determinare una illegittimità dell'atto medesimo.

Comunicazione, conoscenza e pubblicazione, allora, alla luce anche del recente arresto giurisprudenziale devono essere compendiate nella formula della “data oggettivamente riscontrabile” e sono tra loro momenti equipollenti che trovano un temperamento nel dovere di diligenza dell'impresa concorrente: è vero, quindi, che la stazione appaltante ha l'onere di pubblicare gli atti, di esibirli a fronte della richiesta di accesso, di non procrastinare inutilmente l'estensione dei documenti necessitati, di comunicare eventuali ulteriori ragioni dell'esclusione/aggiudicazione; ma è altresì vero che il privato ha l'onere di controllare, di attivarsi e di informarsi diligentemente sull'operato della PA.

L'obbligo di diligenza, da un lato, e l'obbligo di pubblicazione, dall'altro, contribuiscono alla costruzione dell'apparato amministrativo come una “casa di vetro”<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> La presentazione dell'istanza formale di accesso procedimentale non allunga in termine di impugnazione: è quanto affermato dall'orientamento granitico della giurisprudenza. Del resto, il d.lgs. 50/2016 fornisce uno strumento ad hoc per accedere alle informazioni della gara: se l'impresa, anziché avvalersi dello strumento ad hoc sceglie la via ordinaria, questa scelta non può andare a vantaggio dell'impresa, allungando i termini dell'impugnazione, e a svantaggio della certezza, della stabilità dell'azione amministrativa. Sicché l'eventuale più ampio termine necessario per l'espletamento dell'accesso procedimentale non può andare a vantaggio dell'impresa dilatando i termini per impugnare.

<sup>67</sup> F. Turati, in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962. Sul concetto di casa di vetro, si veda P. Domeniconi, F.S. Carpiello, *La legge n. 15/2009: fra trasparenza ed eccesso di informazione*, in *Aziendaitalia - Il Personale*, n. 5, 2009, pp. 227-233.





## **La tutela del contribuente nell'evoluzione del diritto tributario internazionale: dagli accordi amministrativi fra autorità fiscali alle procedure arbitrali**

A cura del **Prof. Lorenzo Del Federico**<sup>1</sup>

### **ABSTRACT**

Negli ultimi anni l'OCSE ha dato un contributo formidabile all'evoluzione del diritto tributario internazionale, a partire dall' Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting del 2013, e poi tramite le susseguenti 15 azioni, tra le quali rilevano in modo specifico, in questa sede, l'Azione 14, relativa all'elaborazione di meccanismi di risoluzione delle controversie più efficaci, con modifiche al Modello di Convenzione OCSE e miglioramento delle Mutual agreement procedures, e l'Azione 15, relativa all'elaborazione di una Convenzione Multilaterale tendente progressivamente a sostituire la rete delle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

Ci si propone, infatti, di esaminare l'evoluzione di queste Mutual agreement procedures nella prospettiva di una maggiore efficienza delle controversie fiscali internazionali e di una maggiore effettività delle regole delle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni, nell'interesse non solo degli Stati, ma anche del contribuente.

Le controversie fiscali internazionali attengono in genere alle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni (CDI) ed alla Convenzione "arbitrale" 90/436/CEE del 23 luglio 1990 relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili delle imprese associate (CA).

Le CDI contengono uno specifico strumento di risoluzione delle controversie che possono eventualmente insorgere tra gli Stati. Si tratta della procedura amichevole (Mutual Agreement Procedure-MAP) delineata dall'art. 25 del Modello di convenzione OCSE.

Come è noto la procedura amichevole è un istituto di consultazione diretta tra le Amministrazioni fiscali degli Stati contraenti, le quali dialogano, attraverso le rispettive "autorità competenti", nelle forme ritenute più idonee e con il fine di pervenire a un accordo sull'oggetto della controversia.

---

<sup>1</sup> Professore ordinario di Diritto Tributario presso l'Università G. D'Annunzio Chieti-Pescara. Avvocato in Pescara.

La così detta MAP costituisce quindi lo strumento per la risoluzione delle controversie internazionali, nelle situazioni in cui un contribuente residente di uno dei due Stati contraenti ritiene che le misure adottate da una o entrambe le Amministrazioni finanziarie comportano, o comporteranno, nei suoi confronti un'imposizione in violazione della Convenzione.

Tuttavia, è da tempo ben noto a tutti che tali procedure non funzionano adeguatamente, in quanto gli interessi del contribuente sono compressi dal ruolo delle autorità fiscali, nell'ambito di una procedura non formalizzata, non compiutamente procedimentalizzata, che si muove in un contesto opaco di accordi amministrativi e di relazioni internazionali fra Stati, a scapito della certezza del diritto e dell'effettività della tutela.

Pertanto, l'OCSE, con l'intento di promuovere una più efficace e trasparente gestione delle MAP, a partire dal 2004, ha avviato varie iniziative volte a migliorare il funzionamento dei meccanismi per la composizione delle controversie fiscali internazionali.

Ma la ritrosia e l'opacità delle autorità fiscali degli Stati nel gestire le procedure amichevoli sono rimaste forti, diffuse e radicate.

Si è dovuta attendere la stagione delle azioni BEPS per assistere ad una svolta effettiva nel rafforzamento delle clausole MAP nei diversi ambiti, delle CDI, della CA e del diritto dell'Unione Europea.

Sarà necessario, dunque, delineare tale fase evolutiva e cercare di comprendere l'adeguatezza delle soluzioni che si vanno affermando.

Inoltre, sarà necessario ragionare sul passaggio dagli accordi amministrativi all'arbitrato secondo diritto come chiave di lettura delle trasformazioni in atto del sistema delle controversie fiscali internazionali.

Infatti, è chiaro che l'avvento delle procedure arbitrali, delineate nelle clausole MAP, nella Convenzione multilaterale e nella Direttiva UE 2017/1852 potrebbe comportare una significativa evoluzione del sistema.

## **ABSTRACT**

In recent years, the OECD has made a formidable contribution to the evolution of international tax law, starting with the 2013 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, and then through the following 15 actions, among which it is specifically relevant here Action 14, concerning the development of more effective dispute resolution mechanisms, with amendments to the OECD Model Convention and improvement of Mutual Agreement Procedures, and Action 15, concerning the development of a Multilateral Convention aimed at progressively replacing the network of bilateral conventions against double taxation.

It is proposed, in fact, to examine the evolution of these Mutual agreement procedures in the perspective of a greater efficiency of international tax disputes and a greater effectiveness of the rules of the Conventions to avoid double taxation, in the interest not only of States but also of the taxpayer.

International tax disputes generally relate to the Double Taxation Avoidance Conventions (DTC) and the "Arbitration" Convention 90/436/EEC of 23 July 1990 on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises (AC).

DTAs contain a specific tool for resolving disputes that may arise between states. This is the Mutual Agreement Procedure (MAP) outlined in Article 25 of the OECD Model Convention.

As is well known, the MAP is an institution of direct consultation between the tax administrations of the Contracting States, which dialogue, through their respective "competent authorities", in the forms deemed most appropriate and with the aim of reaching an agreement on the subject of the dispute.

The so-called MAP is therefore the instrument for the resolution of international disputes, in situations where a taxpayer resident in one of the two Contracting States considers that the measures taken by one or both of the tax administrations result, or will result, in taxation in violation of the Convention.

However, it has long been well known to all that these procedures do not work properly, as the interests of the taxpayer are compressed by the role of the tax authorities, within a non-formalized, not fully proceduralized procedure, which moves in an opaque context of administrative agreements and international relations between States, to the detriment of legal certainty and effective protection.

Therefore, the OECD, with the aim of promoting a more effective and transparent management of MAPs, since 2004, has launched various initiatives aimed at improving the functioning of mechanisms for the settlement of international tax disputes.

However, the reluctance and opacity of the tax authorities of States in managing MAPs has remained strong, widespread and entrenched.

We had to wait until the BEPS action season to see an effective breakthrough in strengthening MAP clauses in different areas, DTC, AC and EU law.

It will be necessary, therefore, to outline this evolutionary phase and try to understand the adequacy of the solutions that are emerging.

In addition, it will be necessary to think about the transition from administrative agreements to arbitration according to law as the key to interpreting the ongoing changes in the system of international tax disputes.

In fact, it is clear that the advent of arbitration procedures, outlined in the MAP clauses, the Multilateral Convention and the EU Directive 2017/1852 could lead to a significant evolution of the system.

**Sommario:** Introduzione – 1. Le Mutual Agreement Procedures nelle convenzioni internazionali – 2. L'attuazione delle *MAP*: carenze normative e ritrosie degli Stati – 3. La svolta dell'Azione *BEPS OCSE* n. 14 "*Make Dispute Resolution Mechanism More Effective*" – 4. Il nuovo *trend* del *peer review and monitorig process* – 5. Il rafforzamento delle *MAP* e la promozione dell'arbitrato nell'Azione *BEPS OCSE* n. 15 "*Multilateral Instrument*" – 6. La Direttiva UE 2017/1852 sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione Europea – 7. L'attuazione della Direttiva UE 2017/1852 in Italia – Conclusioni.

## Introduzione

Negli ultimi anni l'OCSE ha dato un contributo formidabile all'evoluzione del diritto tributario internazionale, a partire dall' *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* del 2013, e poi tramite le susseguenti 15 azioni<sup>2</sup>, tra le quali, ai nostri fini spiccano l' Azione 14, relativa all'elaborazione di meccanismi di risoluzione delle controversie più efficaci, con modifiche al Modello di Convenzione OCSE e miglioramento delle *Mutual agreement procedures*, e l'Azione 15, relativa all'elaborazione di una Convenzione Multilaterale tendente progressivamente a sostituire la rete delle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

Ci si propone infatti di esaminare l'evoluzione di queste *Mutual agreement procedures* nella prospettiva di una maggiore efficienza delle controversie fiscali internazionali e di una maggiore effettività delle regole delle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni, nell'interesse non solo degli Stati, ma anche del contribuente.

Le controversie fiscali internazionali attengono in genere alle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni (CDI) ed alla Convenzione "arbitrale" 90/436/CEE del 23 luglio 1990 relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili delle imprese associate (CA)<sup>3</sup>.

Le CDI contengono uno specifico strumento di risoluzione delle controversie che possono eventualmente insorgere tra gli Stati. Si tratta della procedura amichevole (*Mutual Agreement Procedure-MAP*) delineata dall'art. 25 del Modello di convenzione OCSE.

Come è noto la procedura amichevole è un istituto di consultazione diretta tra le Amministrazioni fiscali degli Stati contraenti, le quali dialogano, attraverso le rispettive "autorità competenti", nelle forme ritenute più idonee e con il fine di pervenire a un accordo sull'oggetto della controversia.

La così detta *MAP* costituisce quindi lo strumento per la risoluzione delle controversie internazionali, nelle situazioni in cui un contribuente residente di uno dei due Stati contraenti ritiene che le misure

---

<sup>2</sup> Le 15 aree dell'*Action Plan on Beps* (2014-2016) riguardano: 1- La fiscalità della Digital Economy; 2 - La coerente tassazione del reddito d'impresa a livello internazionale attraverso specifiche clausole e raccomandazioni che possano neutralizzare l'effetto di pratiche asimmetriche ibride; 3 – Il rafforzamento delle regole sulle società estere controllate; 4 - Il contrasto all'erosione della base imponibile attraverso l'uso di interessi passivi; 5 – Il contrasto alle pratiche fiscali dannose e l'incremento della trasparenza, incentivando lo scambio spontaneo d'informazione tra le Amministrazioni fiscali; 6 – Il contrasto all'abuso dei trattati fiscali; 7- La modernizzazione della definizione di Stabile Organizzazione; 8 – Il contrasto dell'erosione della base imponibile ed al trasferimento del profitto attraverso il trasferimento dei beni immateriali nei gruppi di società; 9- l'adozione di norme specifiche sulla deducibilità delle spese finanziarie, sulle modalità di trasferimento dei rischi e sull'allocazione del capitale nei gruppi di società;10- Il contrasto all'erosione del reddito mediante *transfer pricing* ed analoghi meccanismi elusivi;11- Lo sviluppo di metodologie di raccolta e analisi dei dati sul *BEPS*; 12 – L'introduzione di obblighi a carico dei contribuenti per divulgare le loro pratiche di pianificazione fiscale aggressiva al fine di agevolare l'attività delle Amministrazioni finanziarie;13 – Il miglioramento della trasparenza per le Amministrazioni fiscali ed il rafforzamento della certezza per i contribuenti attraverso la modernizzazione della normativa sul *transfer pricing*, anche mediante report sui singoli Paesi interessati.

<sup>3</sup> Garbarino - Comi, *Mutual Agreement Procedure: la convenzione arbitrale europea sul transfer pricing*, in *Fisc. comm. int.*, 2012, 899.

adottate da una o entrambe le Amministrazioni finanziarie comportano, o comporteranno, nei suoi confronti un'imposizione in violazione della Convenzione.

Tuttavia, è da tempo ben noto a tutti che tali procedure non funzionano adeguatamente, in quanto gli interessi del contribuente sono compressi dal ruolo delle autorità fiscali, nell'ambito di una procedura non formalizzata, non compiutamente procedimentalizzata, che si muove in un contesto opaco di accordi amministrativi e di relazioni internazionali fra Stati, a scapito della certezza del diritto e dell'effettività della tutela.

Pertanto, l'OCSE, con l'intento di promuovere una più efficace e trasparente gestione delle *MAP*, a partire dal 2004, ha avviato varie iniziative volte a migliorare il funzionamento dei meccanismi per la composizione delle controversie fiscali internazionali.

In tale contesto già nel 2007 era stato elaborato il Manuale OCSE in tema di efficace gestione delle procedure amichevoli (*Manual on Effective Mutual Agreement Procedures - MEMAP*)<sup>4</sup>, nel quale venivano fornite alle Amministrazioni fiscali ed ai contribuenti le informazioni di base sul funzionamento delle *MAP*, identificando alcune *best practices* cui le Amministrazioni fiscali degli Stati membri dovrebbero conformarsi.

Negli stessi anni l'OCSE è intervenuta anche con le Linee guida sulla determinazione dei prezzi di trasferimento, dedicando particolare attenzione alle *MAP*<sup>5</sup>.

Ed un contesto analogo si riproponeva in ambito Europeo, a proposito delle procedure amichevoli contemplate dalla Convenzione arbitrale attivabile in ipotesi di doppia imposizione generata da rettifiche dei prezzi di trasferimento praticati fra imprese associate residenti nell'Unione europea. Tant'è che l'Unione ha emanato delle raccomandazioni per spingere gli Stati ad una corretta, trasparente ed efficace attuazione delle procedure amichevoli di cui alla CA<sup>6</sup>.

Ma la ritrosia e l'opacità delle autorità fiscali degli Stati nel gestire le procedure amichevoli sono rimaste forti, diffuse e radicate.

Si è dovuta attendere la stagione delle azioni *BEPS* per assistere ad una svolta effettiva nel rafforzamento delle clausole *MAP* nei diversi ambiti, delle CDI, della CA e del diritto dell'Unione Europea<sup>7</sup>.

Sarà necessario delineare tale fase evolutiva e cercare di comprendere l'adeguatezza delle soluzioni che si vanno affermando.

Sarà altresì interessante cercare di capire: -a) se il rafforzamento delle clausole *MAP* si basa sull'esigenza di una maggiore effettività della tutela del contribuente o sia invece espressione dell'esigenza di bilanciare

---

<sup>4</sup> OECD, *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures*, Parigi, 2007.

<sup>5</sup> OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 2010.

<sup>6</sup> Consiglio UE, *Codice di condotta per l'effettiva attuazione della Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate*, Bruxelles, 2009.

<sup>7</sup> V. per tutti Trivellin, *Studi sugli strumenti di risoluzione delle controversie fiscali internazionali*, Padova, 2019.

la maggiore incisività delle nuove forme di contrasto all'evasione ed elusione fiscale internazionale<sup>8</sup>; -b) se sia possibile superare le carenze applicative delle *MAP* nel nuovo scenario post *BEPS*; -c) se il tradizionale favor del bilateralismo per gli accordi fra le autorità fiscali degli Stati contraenti alla fine cederà il passo all'emergente favor del multilateralismo per le procedure arbitrali; -d) se il passaggio dal potere amministrativo negli accordi fra autorità fiscali alla decisione secondo diritto degli arbitri sarà significativo ed apprezzabile, anche in ragione delle iniziative dell'Unione Europea.

Più in generale ed in sintesi si dovrà ragionare sul passaggio dagli accordi amministrativi all'arbitrato secondo diritto come chiave di lettura delle trasformazioni in atto del sistema delle controversie fiscali internazionali.

Infatti, è chiaro che l'avvento delle procedure arbitrali, delineate nelle clausole *MAP*, nella Convenzione multilaterale e nella Direttiva UE 2017/1852 potrebbe comportare una significativa evoluzione del sistema.

## **1. Le *Mutual Agreement Procedures* nelle convenzioni internazionali.**

Il punto di riferimento della presente indagine è l'art. 25 del Modello *OCSE*, che contempla la *MAP* nelle *CDI*. Sarà fatto comunque qualche cenno anche alle analoghe procedure contemplate dalla *CA*.

La disciplina della procedura è nota, ed in questa sede ci si prefigge di individuare le linee evolutive della tutela del contribuente nelle controversie internazionali, attraverso la chiave di lettura del passaggio dal potere amministrativo negli accordi fra autorità fiscali alla decisione secondo diritto degli arbitri; tuttavia è opportuno tratteggiare i profili fondamentali delle *MAP*, onde evidenziarne le criticità che hanno spinto l'*OCSE* ad intervenire ripetutamente.

La *MAP* si configura come rimedio esperibile da parte del contribuente che ritenga di essere o di poter essere leso da un'imposizione fiscale non conforme alla Convenzione.

È altresì possibile che la procedura sia attivata direttamente dalle autorità competenti degli Stati contraenti per risolvere in via di amichevole composizione le difficoltà o i dubbi inerenti all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione.

---

<sup>8</sup> Al riguardo risultano degni di nota alcuni considerando della Direttiva UE 2017/1852 sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione Europea (*infra* § 6) ove si legge:

“(4) Al fine di creare un contesto fiscale più equo, è necessario potenziare le norme in materia di trasparenza e rafforzare le misure anti-elusione. Allo stesso tempo, nello spirito di un sistema fiscale equo, è necessario assicurare che i meccanismi di risoluzione delle controversie siano completi, efficaci e sostenibili. È inoltre necessario migliorare i meccanismi di risoluzione delle controversie per far fronte al rischio che aumenti il numero di controversie in materia di doppia o multipla imposizione con importi potenzialmente elevati, per il fatto che le amministrazioni fiscali hanno posto in essere pratiche di controllo più regolari e mirate.

(5) È fondamentale introdurre un quadro efficace ed efficiente per la risoluzione delle controversie in materia fiscale che garantisca la certezza del diritto e un ambiente favorevole alle imprese per gli investimenti, al fine di realizzare sistemi fiscali equi ed efficienti all'interno dell'Unione. I meccanismi di risoluzione delle controversie dovrebbero inoltre creare un quadro armonizzato e trasparente per risolvere le controversie e, in tal modo, offrire vantaggi a tutti i contribuenti”.

Le due Amministrazioni possono aprire consultazioni anche allo scopo di eliminare fenomeni di doppia imposizione connessi con casi non previsti dalla Convenzione.

L'accordo raggiunto dalle autorità competenti nell'ambito di una *MAP* interessa potenzialmente un ampio numero di contribuenti e, pertanto, va assoggettato ad adeguate forme di pubblicità.

Sul versante della tutela del contribuente l'art. 25, par. 1, del Modello *OCSE* prevede che se una "persona" (un contribuente)<sup>9</sup> reputa che si sia realizzata, o si possa realizzare, nei suoi confronti un'imposizione non conforme alla Convenzione<sup>10</sup>, essa può presentare il caso all'autorità competente del proprio Stato di residenza o, nell'ipotesi di cui all'articolo 24 (*Non discriminazione*) Modello *OCSE*, all'autorità competente dello Stato di cui possiede la nazionalità.

Nelle *MAP* rientrano tutte quelle fattispecie generatrici di doppia imposizione che riguardano tanto le persone fisiche quanto le persone giuridiche e le altre entità cui si applica la Convenzione.

Il profilo dei termini è uno dei più critici.

Il Modello *OCSE* individua come termine finale per la presentazione dell'istanza il terzo anno<sup>11</sup> dalla prima notifica della misura che comporta un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione<sup>12</sup>.

L'istanza di apertura della *MAP* deve essere presentata direttamente dal contribuente nel proprio Stato di residenza.

L'istanza deve contenere i seguenti dati e requisiti: - l'identificazione del contribuente (nome, indirizzo e codice fiscale); - l'indicazione del domicilio del contribuente o dell'eventuale domiciliatario presso il quale devono essere effettuate le comunicazioni dell'Amministrazione finanziaria;- l'illustrazione dei fatti e delle circostanze del caso con l'indicazione dei periodi d'imposta nei quali si è verificata o potrebbe verificarsi la doppia imposizione; - la descrizione delle eventuali azioni amministrative e giurisdizionali intraprese; - i rimedi eventualmente azionati nell'altro Stato contraente per eliminare la doppia imposizione; - copia degli atti fiscali che hanno determinato o potrebbero determinare un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione; - ogni ulteriore documentazione di supporto atta a favorire l'attività istruttoria delle autorità competenti interessate alla procedura amichevole. L'istanza deve infine contenere l'impegno del contribuente a rispondere in modo esauriente e tempestivo alle richieste pervenute dall'autorità competente nel corso della procedura, nonché a rendere disponibile la documentazione integrativa che possa rendersi necessaria ai fini dell'istruttoria.

---

<sup>9</sup> Come è noto, il termine "persona" ricomprende le persone fisiche, le persone giuridiche, le società e ogni altra associazione o ente che siano dotati di soggettività tributaria e siano residenti, ai fini fiscali, nel territorio di uno dei due Stati partner della Convenzione.

<sup>10</sup> La doppia imposizione non deve essersi già verificata, essendo sufficiente che le misure fiscali adottate possano comportare tale effetto.

<sup>11</sup> Tuttavia, la maggior parte delle CDI stipulate dall'Italia individua il più breve termine di due anni.

<sup>12</sup> Conformemente al Commentario all'articolo 25 del Modello *OCSE*, ai fini del computo del termine iniziale, la locuzione "prima notificazione della misura che comporta un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione" va interpretata ed applicata nel modo più favorevole al contribuente.



L'apertura della *MAP* può essere richiesta dal contribuente *“indipendentemente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale”*.

Ma l'attivazione della procedura amichevole non è alternativa alla procedura contenziosa nazionale che dovrebbe essere comunque instaurata. Ciò al fine di evitare che, in pendenza di procedura amichevole, l'imposta accertata diventi definitiva e quindi non modificabile da parte del successivo accordo raggiunto fra le autorità competenti<sup>13</sup>.

Peraltro, il contemporaneo svolgimento della procedura amichevole e del procedimento contenzioso interno lascia aperta la possibilità di un giudicato confliggente con l'accordo amichevole intervenuto tra le autorità competenti.

In tale ipotesi, l'Amministrazione finanziaria si troverebbe nella condizione di non poter legittimamente adempiere all'obbligazione internazionale assunta con l'accordo amichevole.

Pertanto, qualora le autorità competenti addivengano a un accordo che elimina la doppia imposizione senza che sia ancora intervenuto un giudicato, il presupposto necessario per l'esecuzione dell'accordo amichevole è l'accettazione dei suoi contenuti da parte del contribuente e la contestuale rinuncia al ricorso giurisdizionale.

Viceversa laddove un giudicato intervenga anteriormente all'accordo amichevole, l'autorità competente deve limitarsi a comunicare gli esiti del giudizio all'altra autorità competente. In tal caso, ove il dispositivo della sentenza non produca l'eliminazione della doppia imposizione, quest'ultima permane a meno che l'autorità competente estera non conformi la sua posizione alla decisione espressa dal giudice nazionale. L'inesistenza di un obbligo di definizione della *MAP* costituisce il principale punto critico.

Le autorità competenti non hanno un obbligo di risultato tale da assicurare l'eliminazione della denunciata doppia imposizione; hanno semplicemente un obbligo di diligenza che impone alle Amministrazioni finanziarie interessate di "fare del loro meglio" (*"shall endeavour"*) al fine di addivenire a un accordo che elimini l'imposizione non conforme alla Convenzione. A tale proposito, il Commentario OCSE all'articolo 25 (paragrafo 37) espressamente chiarisce che *“il paragrafo 2 senza dubbio comporta un dovere di trattare; ma per quanto attiene al raggiungimento del mutuo accordo a mezzo della procedura, le autorità competenti hanno soltanto l'obbligo di fare del loro meglio e non quello di raggiungere un risultato”*.

Molto spesso la *MAP* non giunge ad alcuna conclusione, quantomeno a rilevanza esterna.

Per porre rimedio a tali croniche inefficienze l'OCSE è intervenuto nel 2008, rafforzando la *MAP* ed introducendo nel testo dell'art. 25 del Modello *CDI*, una fase arbitrale obbligatoria in caso di mancato accordo, decorsi vanamente due anni. Tuttavia, questa clausola è applicabile a condizione che gli Stati ne negozino l'inserimento nelle *CDI*. Permane quindi ampia discrezionalità da parte degli Stati, che possono

---

<sup>13</sup> Tesi opinabile, in quanto la decisione resa all'esito della *MAP* dovrebbe per natura, fonte e rango, prevalere sull'atto fiscale di mero diritto interno, ma questa è la linea pro fisco seguita da molte autorità fiscali, e per l'Italia fatta propria dall'Agenzia delle Entrate nella circolare 5 giugno 2012, n. 21/E, avente ad oggetto *“Composizione delle controversie fiscali internazionali. Le procedure amichevoli?”*.

preferire di introdurre una simile clausola nelle Convenzioni stipulate con determinati Stati piuttosto che con altri, sulla base di valutazioni di varia natura<sup>14</sup>.

È comunque pacifico che l'inserimento della clausola arbitrale rafforzi considerevolmente la procedura *MAP*.

Anche prima dell'intervento *OCSE* del 2008 era possibile introdurre clausole arbitrali nelle *MAP* contenute nelle *CDI*, ma tali risalenti clausole prevedevano in genere l'attivazione dell'arbitrato solo a seguito del consenso di entrambi gli Stati e del contribuente. Non stabilivano, quindi, un vincolo preventivo (*mandatory arbitration*) per gli Stati contraenti a intraprendere l'arbitrato in caso di mancata soluzione della controversia per via amichevole.

In alcuni casi l'operatività della clausola era anche sottoposta alla condizione che preventivamente avesse luogo uno scambio di note tra gli Stati.

Lo scambio di note, oltre a manifestare la volontà degli Stati di implementare la clausola arbitrale, serviva a definire i relativi termini operativi in tema di modalità di formazione della commissione consultiva, criteri di selezione dei membri, ripartizione dei costi, scelta della lingua di lavoro *etc.*

Altro profilo di inadeguatezza delle *MAP* si rinviene nella mancanza assoluta di meccanismi cautelari: non sono previsti rimedi *ad hoc*, ferma restando la possibilità riconosciuta al contribuente di beneficiare dei normali strumenti di tutela disciplinati per le controversie di diritto interno.

## **2. L'attuazione delle MAP: carenze normative e ritrosie degli Stati**

Le modalità attuative delle *MAP* ne mostrano i molteplici punti critici, endemici di una procedura meramente amministrativa, del tutto svincolata da qualsiasi sindacato giurisdizionale, e quindi inevitabilmente ancillare alla potestà impositiva.

L'*OCSE* ha svolto approfondite indagini statistiche, identificando un diffuso malfunzionamento delle clausole *MAP*<sup>15</sup>, percepite dagli Stati come limitazione della loro sovranità; spesso e volentieri tali procedure non vengono nemmeno attivate, e quando lo sono subiscono rallentamenti, pratiche defatigatorie ecc., risultando opache, officiose ed egoisticamente gestite dagli Stati<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> L'Italia ha inserito la clausola arbitrale nella maggior parte delle più recenti Convenzioni (Armenia, Canada, Croazia, Georgia, Ghana, Giordania, Kazakhstan, Libano, Moldova, Slovenia, Stati Uniti, Uganda e Uzbekistan).

<sup>15</sup> *OCSE, Mutual Agreement Procedure Statistics for 2018*, Parigi, 2019 (sul sito dell'*OCSE* sono altresì consultabili analoghi report per gli anni precedenti).

<sup>16</sup> *OCSE, Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective - ACTION 14: 2015 Final Report*, Parigi 2015; sulle criticità applicative v. Valente - Alagna - Mattia, *Controversie internazionali. Procedure amichevoli e gestione delle relazioni*, Milano, 2013; Assonime, *Gruppo di lavoro sulla fiscalità transnazionale - Prezzi di trasferimento*, in *Note e studi*, 2014, n. 9; Trivellin, *Studi sugli strumenti di risoluzione delle controversie fiscali internazionali* cit.

Le procedure *MAP* si pongono su un incerto crinale, presentandosi per un verso come proiezione della potestà impositiva e per altro verso come meccanismi fortemente condizionati dalla logica delle relazioni internazionali, a tutto discapito delle regole di diritto e soprattutto della tutela del contribuente<sup>17</sup>.

Invero la *MAP* è un mezzo di risoluzione delle dispute tra Stati, nell'esercizio della rispettiva potestà impositiva. Interlocutori esclusivi del confronto in sede di procedura sono le autorità competenti dei due Stati, uniche legittimate a sottoscrivere l'accordo bilaterale eventualmente raggiunto.

Ciononostante il contribuente può essere invitato a svolgere un ruolo attivo, soprattutto con riferimento alla necessità di descrivere il caso puntualmente e in modo veritiero, fornendo ogni elemento informativo idoneo ad assicurare una trattazione esaustiva.

Ad ogni modo, il *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures*, elaborato dall'OCSE, riconosce al contribuente il diritto ad essere informato. Il *MEMAP* (Sezione 3.3.3 e relativa *best practice* n. 14) raccomanda che il contribuente venga informato dall'autorità competente sullo stato della procedura e possa, altresì, chiedere di essere ascoltato in merito alla controversia<sup>18</sup>. Ove si tratti di procedura amichevole conseguente a una rettifica di *transfer pricing*, il Commentario all'articolo 25 del Modello OCSE contiene l'ulteriore raccomandazione (§ 40, lett. c) che sia riconosciuta al contribuente - attesa la specificità della materia - ogni ragionevole possibilità di rappresentare all'autorità competente, oralmente o per iscritto, fatti e argomenti relativi al caso.

L'art. 25, § 2, del Modello OCSE, stabilisce che, qualora l'autorità di uno Stato ritenga giustificato il reclamo del proprio contribuente, ma non sia in grado autonomamente di giungere a una soddisfacente soluzione, essa deve adoperarsi per regolare il caso in via di amichevole composizione con l'autorità dell'altro Stato.

In una prima fase, l'autorità che ha ricevuto il reclamo deve pronunciarsi sulla sua ammissibilità. A tal fine, essa deve valutare la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi previsti per l'apertura della *MAP* e deve accertare, in particolare, se l'istanza del contribuente sia *prima facie* rilevante, laddove evidenzi che le azioni di uno o di entrambi gli Stati comportano o comporteranno un'imposizione non conforme alla Convenzione.

Ove l'istanza risulti ammissibile e fondata, l'autorità competente deve vagliare la possibilità di rimediare essa sola all'imposizione non conforme alla Convenzione attraverso l'adozione di misure unilaterali. In caso contrario, il reclamo del contribuente viene notificato all'autorità competente dell'altro Stato per un confronto bilaterale.

---

<sup>17</sup> Sulla centralità del negoziato fra gli Stati v. per tutti Dominici, *Le regole per la risoluzione dei conflitti in materia di doppia imposizione internazionale*, in AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale*, a cura di V. Uckmar, Padova, 2002, 149, secondo cui attraverso le procedure negoziali lo stato non rinuncia alla sua sovranità; il soddisfacimento degli interessi in conflitto è sempre rimesso alla libera ed incondizionata volizione degli Stati interessati i quali, dunque, non sono vincolati all'applicazione di una decisione resa da un organo in posizione di terzietà e, pertanto, non subiscono limitazioni.

<sup>18</sup> OCSE, *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP)*, Parigi 2007.

In questa fase l'autorità competente può richiedere al contribuente le informazioni supplementari e le integrazioni documentali che si rendano necessarie per l'attivazione e lo svolgimento della *MAP*.

Infine, l'autorità competente informa il soggetto istante in merito alla ricevibilità dell'istanza e alla valida instaurazione della procedura.

In una seconda fase si apre concretamente la procedura. La data di apertura coincide con quella di presentazione dell'istanza, a meno che non si renda necessario acquisire documentazione integrativa, nel qual caso la procedura ha inizio dalla data di presentazione di tale documentazione.

Con riferimento allo svolgimento della procedura amichevole aperta ai sensi di una *CDI*, diverse autorità competenti di Stati Europei (e di certo l'Amministrazione finanziaria Italiana) si uniformano, per quanto possibile, alle indicazioni temporali e procedurali contenute nel Codice di condotta per l'effettiva attuazione della *CA*<sup>19</sup>; a livello globale è frequente il riferimento al *MEMAP* dell'*OCSE*.

I rapporti tra le autorità competenti finalizzati alla risoluzione del caso di doppia imposizione normalmente si svolgono attraverso lo scambio di note in forma scritta e, ove necessario, mediante la fissazione di incontri negoziali. In genere l'autorità competente che per prima invia il proprio "documento di posizione" è quella dello Stato che ha adottato la misura suscettibile di produrre doppia imposizione.

In caso di accordo tra le autorità competenti, generalmente l'autorità competente che ha ricevuto l'istanza di *MAP* comunica i contenuti dell'accordo al contribuente, dandovi altresì esecuzione in via amministrativa, e quindi provvedendo a quanto necessario (al rimborso, o allo sgravio, dell'imposta non dovuta, delle relative sanzioni e degli interessi).

Ove si tratti di procedura amichevole conseguente a una rettifica di *transfer pricing*, l'autorità competente generalmente comunica il contenuto dell'accordo al contribuente residente, anche qualora l'istanza di *MAP* sia stata presentata all'autorità competente estera dal contribuente non residente.

Qualora l'accordo amichevole sia intervenuto in pendenza di procedimento giurisdizionale, il contribuente può accettare la definizione raggiunta in ambito negoziale oppure rifiutarla, proseguendo il giudizio.

Nell'esclusivo ambito di applicazione delle *CDI*, previa valutazione da parte delle autorità competenti ed assenso del contribuente, gli effetti dell'accordo raggiunto in sede di procedura amichevole possono essere estesi anche a periodi di imposta immediatamente successivi a quelli oggetto di *MAP*, in relazione ai quali le fattispecie hanno identica connotazione.

Nella prassi ciò avviene frequentemente in caso di *MAP* instaurate per dirimere la controversa qualificazione di un reddito in relazione alle tipologie previste dalla Convenzione, al fine di determinare la spettanza della potestà impositiva all'uno o all'altro Stato contraente.

---

<sup>19</sup> Per l'effettiva attuazione della convenzione è stato redatto un [Codice di condotta](#) dal [Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento](#), adottato nel 2006. Nel 2009 è stato adottato un [Codice di condotta rivisto](#) (*Revisione del codice di condotta per l'effettiva attuazione della Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate*- 2009/C 322/01).

### 3. La svolta dell’Azione BEPS OCSE n. 14 “*Make Dispute Resolution Mechanism More Effective*”

La sintetica illustrazione della struttura e della funzione delle clausole *MAP* nelle CDI ha evidenziato molteplici profili di inadeguatezza e criticità, da tempo ben noti<sup>20</sup>.

Risultati vani alcuni interventi minori susseguitisi a più riprese nel corso degli anni, è infine risultata chiara a tutti la necessità di un radicale intervento di rafforzamento delle clausole *MAP*.

Tale fase si è collocata nella grande stagione delle azioni *BEPS*, promosse dall’OCSE a partire dal 2013, nel cui ambito ha preso corpo l’*Action BEPS 14 “Make Dispute Resolution Mechanism More Effective”*.

Il dossier finale dell’OCSE analizza i limiti che generalmente hanno frustrato l’efficacia della *MAP* nel corso degli anni, e indica le azioni minime indispensabili (c.d. *minimum standard*)<sup>21</sup>, sintetizzabili in un impegno concreto da parte degli Stati partecipanti ad agevolare l’accesso alle *MAP* e ad addivenire a una soluzione delle controversie in un tempo ragionevole, identificato in due anni<sup>22</sup>.

Tuttavia, il più grande limite dell’*Action 14* è quello di non porre quale *minimum standard* l’obbligo di raggiungere in ogni caso un accordo.

Il documento dà infatti atto che, tanto la comunità economica, quanto un numero significativo di Stati ritengono che tale aspetto sia cruciale per addivenire ad una soluzione efficace del problema ma, allo stesso tempo, precisa che sul punto non vi è un consenso unanime né a livello di G20, né a livello OCSE. Ciò nonostante, un numero significativo di Stati - tra cui l’Italia - hanno precisato che si sarebbero impegnati a prevedere una clausola arbitrale nelle proprie Convenzioni bilaterali, e che tale sarebbe stata inclusa nelle negoziazioni necessarie per dare vita al progetto previsto dall’*Action BEPS 15 - Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, anch’essa approvata nel 2015 e sfociata nel giugno 2017 nella sottoscrizione da parte di 71 Stati della *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting (Multilateral Instrument)*.

L’importanza (e l’efficacia) del *MLI* è che non appena sarà ratificata da 5 Stati si modificheranno automaticamente tutti i trattati bilaterali in vigore tra gli stessi Stati e con quelli che provvederanno alla ratifica in un secondo momento, senza dover quindi attendere l’esito di negoziazioni bilaterali, con incalcolabili vantaggi in termini di tempo e risorse.

---

<sup>20</sup> Per ogni approfondimento in merito si rinvia a: OCSE, *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective - ACTION 14: 2015 Final Report* cit.; Valente - Alagna - Mattia, *Controversie internazionali. Procedure amichevoli* cit.; Trivellin, *Studi sugli strumenti di risoluzione delle controversie fiscali internazionali* cit.

<sup>21</sup> OCSE, *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective - ACTION 14: 2015 Final Report* cit.

<sup>22</sup> Tra i *minimum standard* dell’*Action 14* spiccano: la necessità che gli Stati dedichino alle procedure una entità adeguata di risorse, l’attribuzione di adeguati poteri decisionali ai funzionari incaricati e che le relative performance non siano valutate in base al numero di accertamenti ed agli imponibili confermati, bensì in base al numero di *MAP* concluse, alla relativa tempistica ed alla coerenza nell’interpretazione delle fattispecie.

Tuttavia, ai fini che qui interessano, anche il *MLI* prevede come *minimum standard* il solo miglioramento delle *MAP* mentre lascia come mera opzione l'introduzione di un meccanismo di arbitrato obbligatorio e vincolante, opzione esercitata solamente da 26 Stati, e non da tutti i membri dell'Unione Europea.

#### 4. Il nuovo trend del *peer review* and monitoring process

L'OCSE ha ben presente l'obiettivo strategico di assicurare l'effettiva implementazione degli *standard minimi* previsti dall'*Action BEPS 14* al fine di conferire maggiore efficacia alle *MAP* e contrastare la cronica ritrosia degli Stati. Pertanto ha avviato un processo di valutazione e monitoraggio - *Peer Review and Monitoring Process* - delle iniziative adottate dagli Stati membri del *Forum on Tax Administration - MAP Forum*, dedicato all'*Action 14* del progetto *BEPS*<sup>23</sup>.

Il monitoraggio è delineato in maniera dettagliata all'interno del dossier "*BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanisms - Peer Review Documents*"<sup>24</sup>.

Viene delineata una procedura di valutazione dei meccanismi di risoluzione delle controversie che si compone di quattro parti:

- a) *Term of Reference*- tutto è incentrato sugli *standard* minimi, individuati nell'*Action 14*, in 21 requisiti, i quali si pongono a completamento di 12 *best practices*; vengono valutati il quadro legale e amministrativo dei Membri del *FTA MAP Forum* e gli sforzi profusi per l'implementazione di tale *framework* normativo; l'obiettivo è quello di delineare le metodologie di svolgimento delle procedure *MAP* all'interno dei singoli Stati analizzando quattro aree fondamentali: - prevenzione delle dispute; - disponibilità ed accesso alla *MAP*; -risoluzione dei casi *MAP*; -implementazione degli accordi *MAP*.
- b) *Assesment methodology* - sono previste dettagliate procedure e linee guida per l'approccio ai due *step* costituenti il "*peer review and monitoring proces*".
- c) *Mutual Agreement procedure (MAP) Statistic Reporting Framework* - si ripropone un approccio collaborativo per la risoluzione dei casi di *MAP* attraverso l'adozione di tempistiche comuni ad entrambe le Autorità competenti.
- d) *Guidance on Specific Information and Documentation Required to be Submitted with Request for MAP Assistance* - contiene un *vademecum*, sia per gli Stati, sia per i contribuenti in merito all'attivazione e gestione delle *MAP*.

---

<sup>23</sup> OCSE, *Multilateral Strategic Plan On Mutual Agreement Procedures: A Vision For Continuous Map Improvement*, Parigi, 2019.

<sup>24</sup> OCSE, *BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanisms - Peer Review Documents*, Parigi, 2016. Per i primi commenti v.: OSBORN - STEWART - HORNE, "*Action 14: resolving cross-border tax disputes through the mutual agreement procedure*", in *Tax notes international*, Vol. 89, n. 8/2018, 695 ss.; PROSS - LIO, "*Modernising MAP: BEPS Action 14 to improve dispute resolution*", in *International tax review*, Vol. 27, n. 9/2016, 16 ss.; DELLA ROVERE - VIOLA, "*L'efficace attuazione del l'Action 14 del progetto BEPS: le procedure di "Peer Review and Monitoring Process"*", in *Fiscalità Intern.*, 2019, 5.

Gli Stati facenti parte del *FTA MAP Forum*, che abbiano stipulato *CDI* con lo Stato sottoposto a valutazione, possono fornire *input* utili ai fini del vaglio degli *standard*; altrettanto è consentito ai contribuenti ed alle loro associazioni.

Il *peer review e monitoring process* mira ad indurre gli Stati aderenti al *Forum on Tax Administration MAP Forum* a rivedere le misure predisposte ed a valutarne la *compliance* con gli *standard* minimi individuati nell'*Action 14*.

I *dossier* sull'andamento dei processi di *peer review* e monitoraggio sono pubblicati regolarmente dall'OCSE.

## **5. Il rafforzamento delle MAP e la promozione dell'arbitrato nell'Azione BEPS OCSE n. 15 "Multilateral Instrument"**

Altro profilo di indubbio rafforzamento delle *MAP* e soprattutto di promozione dell'arbitrato si rinviene nell'ambito dell'*Action BEPS* n. 15, che ha dato vita alla convenzione multilaterale, c.d. *Multilateral Instrument- MLI*<sup>25</sup>.

Le vicende del *MLI* sono ben note e non ha senso qui indugiare su temi collaterali<sup>26</sup>.

Per quanto rileva in questa sede è sufficiente evidenziare che nella parte VI del *MLI* (artt. 18 – 26) sono state inserite specifiche disposizioni che hanno lo scopo di rendere più efficaci ed omogenee le *MAP*.

È inoltre prevista la generalizzata possibilità (salvo riserve) di utilizzare anche la procedura arbitrale, mediante affidamento della controversia ad un collegio arbitrale.

L'art. 19 del *MLI* prevede che qualora un contribuente abbia sottoposto un caso all'autorità competente e che la conseguenziale *MAP* non sia in grado di giungere ad un accordo per risolvere il caso entro due anni, le questioni non risolte possono essere sottoposte, se il contribuente ne fa richiesta per iscritto, ad un collegio arbitrale.

Il collegio è composto da tre membri, con particolare qualificazione in materia di fiscalità internazionale. Composizione e funzionamento sono tipici delle normali procedure arbitrali: ciascuna autorità competente designa un membro entro 60 giorni dalla data della richiesta d'arbitrato; i due membri del collegio nominano, entro 60 giorni dall'ultima designazione, un terzo membro che assume le funzioni di Presidente, il quale non deve avere la nazionalità né essere residente in uno dei due Stati contraenti. I componenti del collegio devono essere imparziali e indipendenti rispetto alle autorità competenti, alle

---

<sup>25</sup> OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15-2015 Final Report*, Parigi, 2015; ID., *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to implement Tax Treaty Related Measures to prevent Base Erosion and Profit Shifting*, Parigi, 2017.

<sup>26</sup> V. per tutti LANG – PISTONE – RUST – SCHUCH - STRINGER (a cura di), *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties. Analysis and Effects*, Alphen aan den Rijn, 2018, e, per quanto riguarda la dottrina Italiana: DEL FEDERICO – GIORGI, *Il Multilateralismo nelle convenzioni internazionali in materia fiscale" la prospettiva Europea e l'esperienza Italiana*, in *Dir. Prat. Trib. Intern.* 2016, 783; DORIGO, *L'impatto della Convenzione Multilaterale BEPS sul sistema dei trattati contro le doppie imposizioni: verso un diritto tributario internazionale dell'incertezza*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2018, 559 ss.

amministrazioni fiscali e ai ministeri delle finanze degli Stati contraenti, nonché rispetto a tutte le persone direttamente interessate dal caso, ivi compresi i loro consulenti fiscali o legali; inoltre devono mantenere la totale imparzialità e indipendenza durante tutto il processo ed evitare successivamente, per un periodo di tempo ragionevole, qualsiasi condotta che possa pregiudicare l'imparzialità e l'indipendenza.

L'accordo raggiunto da parte del collegio arbitrale è vincolante per entrambi gli Stati, ad eccezione delle seguenti ipotesi: se il contribuente direttamente interessato dal caso non accetta l'accordo amichevole che dà attuazione alla decisione arbitrale; se il contribuente direttamente interessato dal caso promuove un contenzioso in merito alle questioni che sono state risolte dall'accordo amichevole che dà attuazione alla decisione arbitrale, in qualsiasi sede giudiziaria o tribunale amministrativo; se una decisione definitiva di un Tribunale di uno degli Stati contraenti dichiara che la decisione arbitrale è invalida.

È chiaro che la procedura arbitrale comporta un salto di qualità, rispetto alle classiche *MAP*<sup>27</sup>, dando corpo al passaggio dal potere amministrativo tipico degli accordi fra autorità fiscali alla decisione secondo diritto tipica del giudizio arbitrale.

Tuttavia, l'arbitrato obbligatorio ha ricevuto una fredda accoglienza, con meno della metà degli Stati firmatari della *MLI* che ha optato per questa disposizione. Tra questi, la maggioranza è rappresentata dagli Stati membri dell'Unione Europea, cui si aggiungono Svizzera, Australia, Canada e Singapore.

Del resto, la stessa *MLI* seppure entrata in vigore il 1 luglio 2018, stenta a decollare, essendo stata sottoscritta da 94 Stati, ma ratificata soltanto da 49 di essi e di certo non ancora ratificata da Italia, Germania, Spagna ed altri importanti Paesi; gli Stati Uniti d'America hanno addirittura rifiutato di sottoscriverla animati dalla marcata ostilità al multilateralismo propugnata dall'Amministrazione Trump, che ha assunto posizioni radicalmente sovraniste.

## **6. La Direttiva UE 2017/1852 sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione Europea**

La Commissione Europea, in piena sintonia con l'iniziativa OCSE del *Multilateral Instrument*, ha elaborato la Direttiva UE 2017/1852 sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione Europea.

La Direttiva UE 2017/1852 prevede l'introduzione di “norme relative a un meccanismo per risolvere le controversie tra Stati membri che emergono dall'interpretazione e applicazione di accordi e Convenzioni che prevedono l'eliminazione della doppia imposizione del reddito e, ove applicabile, del capitale”.

---

<sup>27</sup> In merito v. M. Lang e J. Owens (a cura di), *International Arbitration in tax matters*, Amsterdam, 2016.



Questa Direttiva si innesta nel tessuto degli accordi vigenti, inserendo specifiche norme per risolvere il caso controverso ed attribuendo al contribuente ampi poteri di impulso in caso di inerzia da parte delle autorità competenti<sup>28</sup>.

Essa trova pertanto applicazione in relazione alle attuali Convenzioni, anche nella loro nuova versione, se e come verranno modificate dal *MLI*.

La Direttiva doveva essere recepita entro il 30 giugno 2019 e si applica alle procedure attivate dal 1 luglio 2019, relative ai periodi d'imposta dal 2018 (incluso) in poi, lasciando tuttavia la possibilità agli Stati membri di concordare una più ampia applicazione retroattiva. Il profilo caratterizzante è la previsione di una procedura celere e di una fase arbitrale vincolante ed obbligatoria: in ambito Unionale qualsiasi controversia regolata dai trattati bilaterali troverà quindi soluzione nel tempo massimo di quattro anni dal primo atto di impulso del contribuente<sup>29</sup>.

Il contribuente ha l'onere di presentare, "entro tre anni dal ricevimento della prima notifica dell'azione che ha comportato o comporterà la questione controversa", un reclamo ad entrambe le autorità competenti degli Stati interessati, le quali hanno sei mesi di tempo per valutarne la ricevibilità; vale il silenzio assenso ed il rifiuto deve essere reso con atto motivato, impugnabile dinanzi alle autorità giurisdizionali competenti di ciascuno Stato membro (art. 3).

L'istanza del contribuente è irricevibile (*rectius*: inammissibile) in caso di: -tardività; -irrogazione di "sanzioni nello Stato membro in questione in relazione al reddito o al capitale rettificato per frode fiscale, dolo e grave negligenza"; -assenza di doppia imposizione (art. 16, parr. 6 e 7).

Ciascuna autorità competente deve verificare se vi sono i presupposti per una risoluzione unilaterale della controversia,

in conformità della consolidata prassi delle *MAP*.

Nella fase successiva si svolge la procedura amichevole vera propria, in cui, sempre in conformità della consolidata prassi, gli Stati membri devono risolvere la controversia entro due anni dall'accettazione del reclamo, termine prorogabile di un anno in caso di richiesta motivata per iscritto da parte di una delle stesse. Laddove la procedura sfoci in un accordo, l'autorità competente di ciascuno Stato membro deve darne tempestiva notifica al soggetto interessato.

La decisione è vincolante per le autorità ed è applicabile dal contribuente a condizione che rinunci a coltivare il contenzioso (art. 5).

---

<sup>28</sup> Iannaccone, *Doppia imposizione internazionale: approvata la Direttiva sui meccanismi di risoluzione delle controversie*, in *Corr. Trib.*, 2018, 273; Ferroni, *La nuova Direttiva UE per la risoluzione delle controversie fiscali*, in *Fisco*, 2018, 454; Trivellin, *Studi sugli strumenti di soluzione delle controversie fiscali internazionali cit.*; Califano, *Aspetti fiscali dell'arbitrato internazionale?*

<sup>29</sup> Sul sistema della Direttiva e sulle sue implicazioni nell'ordinamento Italiano, con riguardo alla legge delega v. Mattarelli, *Procedure di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione. Riflessioni de iure condendo in vista dell'attuazione (già tardiva) della Direttiva 2017/1852*, in *Rass. Trib.*, 2019, 752; Mercuri, *Meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali nell'Unione Europea: un'analisi "proporzionale" del sistema*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2019, 982; Passagnoli, *Direttiva DRM e legge di delegazione europea 2018: in attesa dei decreti attuativi*, in *Riv. Telematica Dir. Trib.*, gennaio 2020.

In caso di esito negativo, le autorità competenti devono informare il soggetto interessato “indicando i motivi generali del mancato raggiungimento dell’accordo” (art. 4).

Il contribuente ha quindi il diritto di: -chiedere che la controversia sia affidata ad una Commissione Consultiva che raggiunga una soluzione vincolante per gli Stati; - in caso di inerzia da parte delle autorità competenti, trascorsi sei mesi dalla domanda, chiederne l’istituzione da parte di un Tribunale nazionale. Ad eccezione del termine entro il quale la Commissione va istituita (120 giorni dalla richiesta del contribuente), le autorità competenti degli Stati membri hanno una certa flessibilità circa il suo funzionamento, potendo regolare tanto gli aspetti operativi (quali la presentazione di documenti, informazioni e prove), quanto le modalità decisorie.

In particolare, la Direttiva prevede la possibilità di scegliere tra due diversi organi.

Una prima opzione è la Commissione Consultiva, sostanzialmente analoga a quella già prevista dalla CA, composta da un presidente, da uno (o due) rappresentanti di ciascuna autorità competente, e di una (o due) “personalità indipendente nominata da ciascuna autorità competente degli Stati membri interessati”, tra i soggetti inseriti in un apposito elenco.

Le autorità competenti possono decidere di affidare il caso anche ad una Commissione per la Risoluzione Alternativa delle controversie (Commissione Alternativa), che può avere composizione, forma e modalità operative più flessibili ed essere costituita sotto forma di comitato permanente.

In proposito, è interessante notare come, ai sensi dell’art. 10 della Direttiva, la Commissione Alternativa possa assumere la propria decisione sia mediante il rilascio di un “parere indipendente”, come previsto per la Commissione Consultiva, sia in base ad altre modalità, ivi inclusa la “procedura arbitrale con ‘offerta finale’”.

L’istituto trae origine dalla prassi arbitrale americana in materia di risoluzione alternativa delle controversie, in cui è definito *baseball* o *final offer* e prevede che ogni parte sottoponga all’arbitro la propria proposta e quest’ultimo scelga una delle due, senza possibilità di modifiche; l’istituto incentiva quindi le parti a proporre la soluzione più equa e, allo stesso tempo, semplifica e velocizza l’attività dell’arbitro.

Il meccanismo *baseball* è peraltro una delle opzioni di arbitrato previste dall’art. 23 della MLI (quella prescelta dall’Italia) da cui si possono trarre i seguenti spunti descrittivi.

Pur prevedendo la facoltà per le autorità competenti di presentare una propria nota esplicativa (*position paper*) e di replicare a quella della controparte, è prevista un’istruttoria semplificata e limitata “all’indicazione di specifici importi monetari (per esempio, riguardanti redditi o spese) oppure, laddove specificato, all’aliquota massima d’imposta applicata ai sensi dell’accordo fiscale coperto” per ciascuna rettifica o questione simile oggetto del caso e, come anticipato, prevede la possibilità di scegliere una delle proposte, senza obbligo di “includere una motivazione o qualsiasi altra spiegazione della decisione”.

La Direttiva prevede per le autorità competenti l’onere di comunicare al contribuente le norme di funzionamento della Commissione, unitamente alla data entro cui verrà presa la decisione e, in caso di

inerzia, riconosce al contribuente il diritto di ricorrere in giudizio per “ottenere l’ingiunzione ad attuare le norme di funzionamento”.

La Commissione deve assumere la propria decisione entro sei mesi dalla sua istituzione, termine prorogabile di 3 mesi.

Analogamente a quanto previsto dalla *CA* e dal *MLL*, la decisione della Commissione non è immediatamente vincolante per le autorità competenti, le quali possono addivenire a una diversa soluzione entro il termine di sei mesi, decorso il quale la stessa diviene in ogni caso vincolante, ancorché non costituisca precedente per gli Stati.

Comunque, l’efficacia della decisione è subordinata all’accettazione da parte del contribuente e alla rinuncia a qualsiasi mezzo d’impugnazione.

La Direttiva regola anche i rapporti con il contenzioso interno degli Stati membri e riconosce, sia la possibilità di accedere alla procedura anche se la “questione controversa sia diventata definitiva conformemente al diritto nazionale”, sia la legittimità delle normative degli Stati membri che non consentono di derogare alle decisioni dei propri tribunali, limitandosi in tal caso a regolare gli effetti interruttivi della procedura e i relativi oneri di informativa (art. 16).

## **7. L’attuazione della Direttiva UE 2017/1852 in Italia**

L’Italia ha tardato non poco nel dare attuazione alla Direttiva 2017/1852, entrata in vigore nel giugno 2019, ma tardivamente recepita<sup>30</sup>. Si è dovuto attendere il D.Lgs. 10 giugno 2020, n. 49, recante “Attuazione della direttiva (UE) 2017/1852 del Consiglio, del 10 ottobre 2017, sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell’Unione europea”, emanato in attuazione dell’art. 8, comma 1, della l. n. 117 del (legge di delegazione europea 2018)<sup>31</sup>.

Il D. Lgs. n. 49/2020 risulta sostanzialmente in sintonia con la Direttiva 2017/1852, riproponendone spesso pedissequamente il contenuto.

Il Decreto contiene una disciplina estremamente complessa e dettagliata, ponendo questioni teoriche ed applicative di straordinaria importanza. Pertanto in questa sede non è possibile tentare di descrivere l’articolato quadro normativo, sembrando opportuno soffermarsi su alcune questioni di rilievo centrale, per lo più comuni anche alla Direttiva: - la natura delle regole di composizione della controversia nel passaggio dagli accordi amministrativi alle decisioni secondo diritto; -la natura giuridica dei nuovi organi

---

<sup>30</sup> La Commissione Europea ha quindi avviato una procedura d’infrazione (n. 2019/0217) contro l’Italia (v. [https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement\\_decisions/](https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/)).

<sup>31</sup> Per un primo commento v. l’interessante relazione Corte Suprema di Cassazione - Ufficio del Massimario, Rel. n. 73 Roma, 28 settembre 2020, *CONTROVERSIE FISCALI INTERNAZIONALI IN MATERIA DI DOPPIA IMPOSIZIONE - PROCEDURA AMICHEVOLE (cd. MAP) - PROCEDURA ARBITRALE OBBLIGATORIA - Decreto legislativo 10 giugno 2020, n. 49 di attuazione della direttiva (UE) 2017/1852 sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell’Unione europea*.

“arbitrali”, ovvero della “Commissione consultiva” ex art. 10 (ComCo), e della “Commissione per la risoluzione alternativa delle controversie” ex art 13 (ComRA); - la natura giuridica della decisione finale. Il quadro generale delineato dal Decreto conferma che le procedure *MAP* restano alla base della risoluzione delle controversie fiscali internazionali (artt. 3 - 8), ma in caso di inerzia dell’Agenzia delle Entrate e/o di stallo della *MAP* il contribuente può richiedere l’istituzione della Commissione consultiva (ComCo), in cui vengono nominate anche personalità indipendenti (art. 9 - 12); risulta chiaramente valorizzato il ruolo del contribuente e la composizione della ComCo con personalità indipendenti, ma le Autorità fiscali degli Stati possono concordare di istituire una Commissione per la risoluzione alternativa delle controversie (ComRA), in sostituzione della ComCo (art. 13, comma 1), potendo in tal modo attenuare i connotati garantistici della prima; la ComRA può avere norme di composizione e funzionamento in parte diverse dalla ComCo, ma solo ove i due Stati concordino di derogare al sistema di composizione e funzionamento delineato dalla Direttiva e dai decreti attuativi emanati dai singoli Stati (art. 13, commi 2 e 5).

Nel sistema della Direttiva e del Decreto attuativo spicca un passaggio caratterizzante l’intero sistema di risoluzione delle controversie fiscali internazionali.

Alla base delle *MAP*, sempre che giungano ad una qualche conclusione, vi sono meri accordi amministrativi fra le autorità fiscali degli Stati. Il negoziato compositivo risponde alle logiche peculiari dell’attività amministrativa e delle relazioni internazionali, potendo prescindere del tutto dalle regole di diritto.

Viceversa, a base delle “procedure di risoluzione delle controversie con parere indipendente”, siano esse espletate dalla ComCo o dalla ComRA, sono poste inequivocabilmente le fonti giuridiche applicabili alla fattispecie (artt. 14. § 2, e 18, § 3 Direttiva; art. 2, comma 1 lett e) D. Lgs.)<sup>32</sup>.

Quindi può dirsi compiuto il passaggio dagli accordi amministrativi, ora relegati alla sola fase della *MAP*, alle decisioni secondo diritto, che caratterizzano le “procedure di risoluzione delle controversie con parere indipendente”.

La natura giuridica della ComCo e della ComRA non è del tutto chiara, in quanto la Direttiva ed il Decreto non usano (quasi) mai i termini arbitrato, arbitrale ecc., a differenza di quanto accade in ambito OCSE e specificamente nella *MLI*. Ciò è comprensibilmente dovuto agli equilibrismi politici sottostanti l’approvazione della Direttiva, ma non scalfisce la sostanza giuridica della questione. Comunque, la stessa Direttiva, nel conclusivo art. 18, § 2, usa infine, con *nonchalance* il termine arbitrale, ove prevede che “3.

---

<sup>32</sup> Art. 14, Direttiva, “Parere della commissione consultiva o della commissione per la risoluzione alternativa delle Controversie”. “.....2. La commissione consultiva o la commissione per la risoluzione alternativa delle controversie fonda il proprio parere sulle disposizioni del relativo accordo o convenzione di cui all'articolo 1, nonché sulle eventuali norme nazionali applicabili”.

Art. 2, D. Lgs., “Definizioni”, “.....e) «procedura di risoluzione delle controversie con parere indipendente»: procedura che si conclude con un parere adottato dalla Commissione consultiva o dalla Commissione per la risoluzione alternativa delle controversie basato su un’analisi dei fatti e delle fonti giuridiche applicabili alla controversia.”

Qualora le autorità competenti interessate o il soggetto interessato non diano il consenso alla pubblicazione integrale della decisione finale, le autorità competenti pubblicano una sintesi della decisione finale. Tale sintesi contiene una descrizione del problema e l'oggetto, la data, i periodi d'imposta in questione, *la base giuridica*, il settore industriale e una breve descrizione del risultato finale. È inclusa inoltre una descrizione del *metodo arbitrale utilizzato*".

In merito è comunque risolutivo il nono "considerando" della Direttiva secondo cui "(9) La ... direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti, segnatamente, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Essa è volta in particolare a garantire il pieno rispetto del diritto a un processo equo e la libertà d'impresa".

Orbene, essendo pacifico che la Direttiva non innova il sistema delle MAP, ma piuttosto lo completa introducendo, in caso di inerzia della procedura amichevole, le nuove "procedure di risoluzione delle controversie con parere indipendente", è chiaro che fa riferimento ad esse quando pone il pilastro del diritto a un processo equo.

Ma vi sono molteplici altri spunti che depongono a favore della connotazione arbitrale di tali procedure:

- le modalità di scelta, di nomina ed il ruolo delle personalità indipendenti (artt. 8, 9 e 10 Direttiva; artt. 10, 11 e 12, Decreto); nel cui ambito spicca nell'art. 11 del Decreto, "Nomina da parte del giudice nazionale" delle personalità indipendenti, la previsione secondo cui "7. Per quanto non previsto dai commi da 1 a 6, si applicano, in quanto compatibili, le norme relative alla procedura di nomina degli arbitri contenute nelle norme di cui al Titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile";
- la rilevanza dell'istruzione probatoria e delle "udienze" (art. 13 Direttiva; artt. 16, comma 10, Decreto);
- la necessità di porre a base delle decisioni le fonti giuridiche (v. *retro*);
- il riferimento al "metodo arbitrale utilizzato" (art. 18, § 2, Direttiva; art. 20, comma 2, Decreto).

Su tali basi va quindi riconosciuta natura arbitrale alla ComCo ed alla ComRA, così come alle procedure di risoluzione delle controversie ad esse affidate<sup>33</sup>.

Tanto premesso è conseguenziale riconoscere che le decisioni conclusive di tali procedure hanno natura di lodo, ovvero di decisione arbitrale.

Invero tali decisioni, secondo diritto, sono vincolanti per le Autorità fiscali degli Stati, ammenoché esse non riescano, anche se *ex post*, a definire accordi amministrativi sostitutivi (art. 13, § 3, Direttiva; art. 18, comma 2, Decreto).

Infine ove le decisioni in questione (ma anche quelle delle *MAP*) non vengano eseguite dall'Agenzia delle Entrate "il soggetto interessato può presentare ricorso alla commissione tributaria competente, secondo la procedura di cui all'articolo 70 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 per chiedere l'esecuzione di detta decisione" (comma 8 dell'art. 19 "Esecuzione delle decisioni adottate nell'ambito delle procedure

---

<sup>33</sup> Conf. relazione Corte Suprema di Cassazione - Ufficio del Massimario, Rel. n. 73 Roma, 28 settembre 2020, *CONTROVERSIE FISCALI INTERNAZIONALI cit.*

amichevoli o delle procedure di risoluzione delle controversie”). Ed è appena il caso di evidenziare che il giudizio di ottemperanza ex art. 70 cit. di norma postula come proprio oggetto una sentenza passata in giudicato.

## Conclusioni

I temi trattati necessitano di attento e laborioso approfondimento, in ragione della loro estrema complessità e del loro notevole impatto sul diritto tributario internazionale. In questa sede ci si è limitati a tratteggiare i profili evolutivi delle *MAP*, degli accordi fra Stati e dei profili critici della tutela del contribuente. Si è potuta constatare una forte spinta dell’OCSE e dell’Unione Europea a favore del rafforzamento delle *MAP* e dell’introduzione di vere e proprie procedure arbitrali. È maturata la piena consapevolezza della necessità di superare la cronica ritrosia e la persistente opacità delle autorità fiscali degli Stati nel gestire le procedure amichevoli, sia nella prospettiva del superamento delle forme di doppia imposizione che intralciano il funzionamento del mercato e le politiche economiche e fiscali degli Stati, sia nella prospettiva della tutela del contribuente.

La stagione delle azioni *BEPS* promosse dall’OCSE ha dato una spinta decisiva al nuovo *trend*, comportando il rafforzamento delle clausole *MAP* e dell’arbitrato nelle *CDI*, nel nuovo sistema del *Multilateral Instrument* e nel diritto dell’Unione Europea.

Sembra che il rafforzamento delle clausole *MAP* si basi sia sull’esigenza di bilanciare la maggiore incisività delle nuove forme di contrasto all’evasione ed elusione fiscale internazionale, sia sulla necessità di una maggiore effettività della tutela del contribuente. Tale bivalente giustificazione emerge dai lavori dell’OCSE e delle istituzioni Europee.

Il *Peer Review and Monitoring Process*, promosso dall’OCSE nell’ambito del *Forum on Tax Administration - MAP Forum*, e la spinta propulsiva della giurisdizione Unionale, che andrà a corroborare l’applicazione della Direttiva UE 2017/1852, lasciano ben sperare per quanto riguarda il superamento delle carenze applicative delle *MAP*.

Vi è un dato normativo ormai acquisito: il tradizionale favor del bilateralismo per gli accordi fra le autorità fiscali degli Stati contraenti cede il passo all’emergente favor del multilateralismo per le procedure arbitrali, dando concretamente corpo al passaggio dal potere amministrativo negli accordi fra autorità fiscali alla decisione secondo diritto degli arbitri.

È ancora presto per comprendere come, ed in che misura, il passaggio dagli accordi amministrativi all’arbitrato secondo diritto potrà trasformare i tradizionali assetti del diritto tributario internazionale.

A livello globale molto dipenderà dalla posizione degli Stati Uniti, che con l’Amministrazione Trump hanno rinnegato il loro tradizionale ruolo di paladini del multilateralismo, dando la stura a rigurgiti di

sovrano e persistente favor per il sistema delle convenzioni bilaterali, a scapito del nascente *Multilateral Instrument* promosso dall'OCSE.

Ma a livello Europeo *alia iacta est*: la Direttiva UE 2017/1852, ormai entrata in vigore, ha innestato un meccanismo virtuoso che a breve, con il supporto della giurisdizione Unionale, inizierà a produrre effetti concreti sulla fiscalità internazionale nell'ambito del mercato Europeo, creando nuovi equilibri nella dialettica tra sovranità degli Stati e tutela dei contribuenti.





## **Dai modelli legali al comodato “di terzo genere”**

A cura del **Dott. Davide Gasparini**<sup>1</sup>

### **ABSTRACT**

Il contributo costituisce un tentativo di analizzare la natura, gli elementi fisionomici e la funzione del contratto di comodato, figura negoziale anfibologica con attribuzione patrimoniale essenzialmente gratuita, ma non sempre disinteressata e giustificata da cortesia e benevolenza.

L'analisi del tipo codicistico permette di comprendere il discrimine tra gratuità e cortesia e la necessità non infrequente di indagare preliminarmente l'esistenza del vincolo giuridico, soprattutto in presenza di atti di cortesia che richiamano schemi contrattuali tipici.

L'elasticità della fattispecie consente una sua declinazione d'indole atipica lontana dai modelli legali di cui agli artt. 1803/1809 e 1810 c.c. Il comodato “di terzo genere” rende negoziabile tra le parti il potere di restituzione del bene, derogando alla regola dell'esercizio discrezionale del recesso che caratterizza il prestito d'uso senza determinazione di durata. L'affermazione nella prassi negoziale della nuova figura ha portata dirompente, in quanto supera la secolare dicotomia *commodatum - precarium*, benché non conduca ad un vero e proprio “stravolgimento tipologico”. Tali peculiarità comportano una previa verifica giudiziale dell'astratta giuridicizzabilità dello schema individuale e il successivo controllo sulla liceità della causa concreta.

Il tema offre l'occasione di approfondire la riflessione sulle interferenze tra autonomia contrattuale e il discusso giudizio di meritevolezza, quindi, del rapporto tra libertà dei privati e valori dell'ordinamento giuridico. Questa la premessa e il fondamento del comodato di terzo genere, la cui operatività nei rapporti di lunghissima durata non manca di generare dubbi e perplessità, stante lo sfavore ordinamentale per le obbligazioni di durata indeterminata.

---

<sup>1</sup> Davide Gasparini consegue nell'a.a. 2013-2014 la laurea in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Salerno. Dopo aver svolto la pratica forense, frequenta la S.S.P.L. dell'*Alma Mater Studiorum*-Università di Bologna, diplomandosi con profitto. È avvocato del Foro di Nocera Inferiore.

## **ABSTRACT**

The contribution constitutes an attempt to analyze the nature, phisionomics basics and the function of the loan for use, misleading figure with free patrimonial provision, but not always disinterested and legitimated by courtesy and benevolence.

The analysis of code type allows an understanding of the separation between gratuitousness and courtesy as well as the, not infrequent, need to preliminarily investigate the existence of the legal obligation, especially in the presence of courtesy acts that recall typical contractual models.

The elasticity of the contract consents its atypical conformation distant from legal models referred to in paragraphs 1803-1809 and 1810 of the Civil Code. The commodatum « of third kind » makes the power of restitution of the assets negotiable between the parties, derogating from the rule of the discretionary exercise of withdrawal that characterizes the loan for use without determination of duration.

The confirmation in practice of the new figure is extremely far-reaching as it overcomes the ancient dichotomy commodatum – precarium, even if it does not lead to a “typological twisting”. Such peculiarities entail a judicial verification of the abstract juridification of the individual scheme and the subsequent lawfulness check of the concrete cause.

The topic offers the opportunity to examine in depth the interferences between freedom of contract and judgment of merit, therefore, about the relationship between the freedom of private individuals and the values of the juridical system. This is the premise and the foundation of the loan for use of third kind, whose operation in long-term relationships does not fail to generate doubts and perplexities, given the disfavour in legal order for the obligations of indefinite duration.

## **PAROLE CHIAVE**

Cortesia, contratto gratuito, elasticità del tipo, giudizio di meritevolezza, autonomia contrattuale

**Sommario:** 1. Natura, struttura e funzione del comodato – 2. Obbligazioni nascenti dal contratto – 3. Comodato senza determinazione di durata – 4. Estinzione del rapporto, recesso e obbligo di restituzione – 5. Il comodato di terzo genere – 6. Conclusioni.

## 1. Natura, struttura e funzione del comodato.

Da tempo immemorabile il comodato è considerato figura di confine tra cortesia e diritto.<sup>2</sup>

Tale connotazione, in una certa misura, qualifica sul piano funzionale il contratto senza però attenuarne la forza vincolante.<sup>3</sup>

Dalla definizione legislativa (art. 1803 c.c.) emergono quelli che la dottrina prevalente considera i caratteri distintivi di questo istituto: la realtà, l'unilateralità e la gratuità.<sup>4</sup>

L'espressione normativa «una parte consegna all'altra» non lascia dubbi circa la configurazione del contratto come reale.<sup>5</sup> La consegna della cosa costituisce, in aggiunta all'accordo, elemento essenziale e di struttura del negozio, necessario per il suo perfezionarsi.<sup>6</sup>

L'impostazione tradizionale giustifica la realtà del contratto per la sua essenziale gratuità. Il requisito della realtà escluderebbe che dalla promessa di una prestazione di cortesia possa sorgere per il promittente qualsiasi vincolo giuridico,<sup>7</sup> che si ha solo se sia spontaneamente adempiuta la consegna della *res*. Analogamente alla forma pubblica nella donazione, la consegna nel comodato rappresenta la “forma” della volontà impegnativa.<sup>8</sup> L'assunto si basa sulla condivisibile esigenza di evitare che il prestito d'uso venga concluso dal comodante senza sufficiente meditazione.

---

<sup>2</sup> Cfr. Relazione al progetto ministeriale, *Libro delle obbligazioni*, n. 545. Da un'analisi delle fonti romane emerge che il prestito d'uso era già diffuso nella prassi sociale tra persone legate da vincoli di parentela o amicizia, per poi acquistare rilevanza giuridica in via pretoria con l'*actio commodati in factum*, che consentiva al comodante il recupero del bene. La tutela del comodato si realizza compiutamente in epoca classica quando apparve per la prima volta nell'Editto, accanto a quella *in factum*, anche una corrispondente formula *in ius concepta*. La differenza tra le due formule era che la prima presupponeva la mancata restituzione della cosa e, ciò accertato, il giudice commisurava la condanna al valore della cosa; nella seconda è omissivo il detto presupposto e il giudice doveva valutare il rapporto alla stregua della *bona fides*, a tale criterio commisurando la condanna. Per un'esegesi delle fonti storiche si veda G. Scherillo, «voce» *Comodato* (dir. romano), in Enc. Dir., vol. VII, Giuffrè, Milano 1960, pp. 984, 986 e P. Zannini, «voce» *Comodato nel diritto romano*, in Dig., disc. priv. (sez. civ.), vol. III, Utet, Torino, 1988, p. 32 ss. In tema di atti e prestazioni di cortesia, V. Panuccio, «voce» *Prestazioni di Cortesia*, in Dig., disc. priv. (sez. civ.), vol. XVI, Utet, Torino, 1996, p. 269 ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 83 ss.

<sup>3</sup> Quanto all'indagine sull'intento di vincolarsi giuridicamente, specie nei casi di atti di cortesia che richiamano schemi contrattuali tipici come il comodato, si veda P. Morozzo Della Rocca, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., p. 85 ss., p. 92 ss.

<sup>4</sup> In tal senso, F. Carresi, «voce» *Comodato* (dir. civ.), in Noviss. Dig. it., vol. III, Utet, Torino, 1959, p. 692; G. Tamburrino, «voce» *Comodato* (dir. civ.), in Enc. Dir., vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 994; G. Giampiccolo, *Comodato e Mutuo*, in Tratt. Grosso - Santoro Passarelli, vol. V, fasc. 7, Vallardi, Milano, 1972, p. 4.

<sup>5</sup> F. Carresi, «voce» *Comodato*, cit., p. 692; R. Teti, «voce» *Comodato*, in Dig., disc. priv. (sez. civ.), vol. III, Utet, Torino 1988, p. 37.

<sup>6</sup> A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, in Tratt. dir. priv. diretto da G. Iudica - P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1995, p. 644.

<sup>7</sup> G. Giampiccolo, *Comodato e Mutuo*, cit., p. 4. Minore difficoltà suscita la configurabilità di ipotesi di contratti preliminari di contratti reali e in particolare di comodato. Sull'ammissibilità del preliminare di comodato si esprime G. Tamburrino, «voce» *Comodato*, cit., p. 996.

<sup>8</sup> Così, R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 38. In senso contrario, M. Fragali, *Comodato, Libro Quarto. Delle obbligazioni. Artt. 1754-1812*, in AA.VV., Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja - G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1970, p. 176, il quale osserva che «è preferibile ritenere che questa realtà sia stata preordinata per evitare l'incongruenza in cui avrebbe condotto il comodato consensuale, di un comodante debitore della cosa comodata: se la consegna non può essere che il risultato di un'attuazione incoercibile, essa non può iscriversi nello schema negoziale se non come prestazione costitutiva del rapporto». V. Roppo, *Il Contratto*, in Tratt. dir. priv. a cura di Iudica - Zatti, 2a ed. Giuffrè, Milano, 2011, p. 354, invece, evidenzia che «una causa debole come quella che si riduce alla volontà del contraente ha bisogno di elementi di sostegno; e di elementi massimamente oggettivi, per bilanciare la soggettività dell'elemento causale. L'oggettività sta nella solennità, quando l'elemento di sostegno è la forma» (il discorso riguarda la donazione). «L'oggettività sta nella materialità, quando l'elemento di sostegno

Per quanto attiene la consegna della cosa, essa può essere effettuata oltre che con la consegna materiale, anche mediante *traditio ficta*, purché valga giuridicamente a porre il comodatario in grado di conseguire la detenzione e di servirsi della cosa.<sup>9</sup> Al riguardo, va rilevato che se la struttura reale del contratto impedisce di regola il suo perfezionamento mediante lo schema dell'art. 1333 c.c., la norma *de qua* deve ritenersi invece applicabile nelle ipotesi di costituito possessorio, dato che in tali casi non si deroga alla contestualità tra consenso e consegna.<sup>10</sup>

La *traditio* attribuisce al comodatario esclusivamente la detenzione della cosa, implicando il titolo negoziale il riconoscimento del diritto alieno.<sup>11</sup> La detenzione è qualificata dall'uso gratuito dedotto in contratto: la consegna, infatti, nel comodato avviene affinché il comodatario possa usare della cosa e goderne secondo quanto pattuito.<sup>12</sup>

Quanto alla capacità di dare o ricevere in comodato, ferme restando le regole generali in tema di contratto, è condivisa l'opinione secondo cui la stipulazione del contratto è atto di straordinaria amministrazione per il comodante e di ordinaria amministrazione per il comodatario. Non si può però escludere che la varietà delle circostanze e degli interessi concreti scaturenti dal contratto, possano implicare per entrambi i contraenti la qualificazione del comodato in termini di atto di straordinaria amministrazione.<sup>13</sup>

Poiché il potere di godimento del comodatario trae origine dal contenuto del diritto già esistente in capo al comodante – in base ad una fattispecie ad effetto derivativo-costitutivo – la legittimazione a dare in comodato spetta a chi sia titolare di una posizione giuridica soggettiva, personale o reale, che gli consenta di disporre del godimento della cosa.<sup>14</sup> Oltre al proprietario, quindi, saranno legittimati a concedere un bene *causa commodati* anche il locatore, l'usufruttuario,<sup>15</sup> il superficiario e il creditore anticretico.

Dal punto di vista strutturale il contratto di comodato deve essere considerato contratto bilaterale non corrispettivo, poiché è fonte di obbligazioni per entrambe le parti, sebbene le obbligazioni non siano legate da un nesso sinallagmatico. Con espressione eclettica si dice che trattasi di «contratto bilaterale imperfetto»<sup>16</sup> in quanto opera una sola attribuzione patrimoniale, quella del diritto di godimento temporaneo sul bene, a carico del comodante e a favore del comodatario. L'unilateralità del contratto non riguarda la struttura – essendo ormai anacronistica e priva di riscontro positivo la figura del contratto

---

è la consegna della cosa: nei contratti reali gratuiti (mutuo, deposito, comodato) la debolezza della causa è compensata da un fatto al tempo stesso fortemente fisico e fortemente simbolico, quale la *traditio*.

<sup>9</sup> A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 468; T. Scozzafava, *Obbligazioni e contratti* in Tratt. dir. priv. Diretto da P. Rescigno, vol. XII, t. IV, 2a ed., Utet, Torino, 1996, p. 353. In giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. III, n. 25222 del 7 ottobre 2015, in C.E.D. Cass. n. 638030 - 01; Cass. civ., n. 1293 del 29 gennaio 2003, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Comodato*, n. 4.

<sup>10</sup> N. Cipriani, *Il Comodato*, Esi, Napoli, 2005, p. 149.

<sup>11</sup> F. Carresi, «voce» *Comodato*, cit., p. 694.

<sup>12</sup> G. Tamburrino, «voce» *Comodato*, cit., p. 1001.

<sup>13</sup> A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 649; G. Manzo, *Delle obbligazioni (artt. 1754-1822)*, in AA.VV., *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina diretta da C. Ruperto*, t. IX, Giuffrè, Milano, 2005, p. 5916.

<sup>14</sup> F. Scaglione, *Il Comodato, artt. 1803-1812*, in Commentario Schlesinger - Busnelli, Giuffrè, Milano, 2011, p. 101.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. II, n. 1953 del 22 marzo 1974, in C.E.D. Cass., n. 370181 - 01; Cass. civ., n. 4806, del 25 luglio 1981, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Usufrutto*, n. 6.

<sup>16</sup> A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 22° ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 807; G. Scherillo, «voce» *Comodato*, cit., p. 981.

unilaterale prevista dall'art. 1100 del codice del 1865 – ma l'effetto e cioè l'attribuzione patrimoniale che si sostanzia in un diritto personale di godimento in favore del comodatario; sicché è possibile parlare di contratto con attribuzione a carico del solo comodante e con obbligazioni per entrambe le parti.<sup>17</sup>

Il comodato è contratto essenzialmente gratuito (art. 1803 co. 2 c.c.). Tale carattere non viene meno quando dal contratto scaturisca anche un vantaggio a favore del comodante, sempre che rimanga prevalente il vantaggio del comodatario. In altri termini, il beneficio del concedente non deve sovrastare quello del comodatario, incidendo sulla causa del contratto e in guisa da trasformare il contratto da gratuito in oneroso.<sup>18</sup>

Nella prassi è frequente l'apposizione al comodato di un *modus*. Detto elemento accidentale, non comporta uno scostamento dal tipo finché l'attività imposta al beneficiario non si pone in rapporto di corrispettivo con il beneficio, esprimendo un interesse secondario del comodante. In tal caso, si rimane nell'ambito della gratuità.<sup>19</sup> Quando, invece, l'onere gravante sul comodatario celi una controprestazione giustificativa dell'attribuzione in godimento del bene, si ha locazione e non già comodato.<sup>20</sup>

Altro elemento fisionomico del contratto è la determinazione dell'uso cui la cosa deve servire o la delimitazione temporale del prestito d'uso.<sup>21</sup> Cosicché la durata del rapporto riconducibile al tipo regolato dagli artt. 1803 e 1809 c.c., può stabilirsi tanto in modo espresso, tramite l'indicazione del termine finale, che in maniera tacita attraverso il riferimento all'uso cui il bene è destinato.<sup>22</sup> Se manca la determinazione espressa della durata, quindi, il comodato si intende convenuto per il tempo necessario a fare l'uso per il quale la cosa è stata comodata (ed allora il termine sarà *certus an, incertus quando*). In altre parole, l'uso per il quale il comodato è stato posto in essere può produrre la determinazione implicita del termine di durata

---

<sup>17</sup> G. Giampiccolo, *Comodato e Mutuo*, cit., p. 13; M. Fragali, *Comodato*, cit., p. 186; R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 40; A. Luminoso, «voce» *Comodato*, in Enc. Giur., vol. VII, Treccani, Roma, 1987, p. 2, Id. *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 647; di recente, F. Scaglione, *Il Comodato, artt. 1803-1812*, cit., p. 100; L. Bognanni, *Comodato immobiliare e restituzione del bene: riflessioni su contratto atipico in presenza della clausola contrattuale "nel caso che il comodante ne abbia necessità"*, nota a Cass. civ., Sez. III, n. 6678 del 18 dicembre 2007, in *Vita not.*, 2009, I, p. 120. In termini analoghi, F. Carresi, «voce» *Comodato*, cit., p. 692, secondo cui «il comodato è contratto con prestazioni a carico di una sola parte, ma non per la ragione, comunemente addotta, che da esso ha origine un'obbligazione di restituzione a carico del comodatario, ma perché in armonia con quella che è la costante e caratteristica funzione del comodato, da questo contratto nasce un solo diritto principale, che è il diritto del comodatario di servirsi della cosa comodata, e correlativamente, una sola obbligazione che è quella che sul comodante grava di lasciare la cosa al comodatario e di non impedirgli di servirsene nel modo e per il tempo stabiliti dal contratto».

<sup>18</sup> V., per tutti, G. Tamburrino, «voce» *Comodato*, cit., p. 997 ss.

<sup>19</sup> *Ex multis*, Cass. civ., Sez. III, n. 1039, 17 gennaio 2019, in C.E.D. Cass., n. 652656 - 01.

<sup>20</sup> R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 39; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 646. In argomento, M. Fragali, *Comodato*, cit., p. 195, secondo cui il *modus* sarebbe «deducibile soltanto se sia divisibile l'utilità che la cosa è in grado di produrre, in guisa che sia distaccabile dal godimento il risultato che deve attingersi mediante l'adempimento del dovere posto al comodatario [...]». In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. III, n. 13920 del 17 maggio 2005, in C.E.D. Cass., n. 582709 - 01; Cass. civ., Sez. III, n. 485 del 11 luglio 2002, ivi, n. 559734 - 01; Cass. civ., Sez. III, n. 2151 del 2 aprile 1984, in *Giur. agr. it.*, 1985, I, 157.

<sup>21</sup> Il comodato è normalmente contratto di durata. Secondo A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 647, non è condivisibile l'orientamento maggioritario, poiché «il rapporto di comodato non è sempre e necessariamente di durata».

<sup>22</sup> G. Tamburrino, «voce» *Comodato*, cit., p. 1001; F. Scaglione, *Il Comodato, artt. 1803-1812*, cit., p. 160. In tal senso, v. Cass. civ., SS.UU., n. 3168 del 1 febbraio 2011, in C.E.D. Cass. n. 616064 - 01.

del contratto, in relazione alla natura della cosa, alla professione del comodatario o alle altre circostanze (si pensi alla destinazione del bene quale casa familiare).<sup>23</sup>

Nel caso di concessione in comodato di immobile adibito a casa familiare, in assenza di una espressa indicazione della scadenza, è possibile che l'uso del bene e quindi del rapporto sia potenzialmente di lunghissima durata. Se il contratto ancora la durata del comodato alle esigenze della famiglia del comodatario, vi è il corrispondente diritto di questi che esso perduri fino al venir meno delle esigenze familiari.<sup>24</sup>

La concessione del bene in comodato di lunghissima durata può però svelare, *ceteris paribus*, una finalità successoria anticipatoria o comunque un intento di liberalità,<sup>25</sup> il che conduce il contratto sul terreno della donazione indiretta. Se il comodato integra una liberalità indiretta deve conseguentemente applicarsi la relativa disciplina (art. 809 c.c.).<sup>26</sup>

Benché la dottrina maggioritaria ritenga che il comodato si basi sulla fiducia, taluni escludono che esso sia un contratto *intuitu personae*, poiché deporrebbero in tal senso più indici normativi: dal un lato, il comodatario, previo consenso, può concedere al terzo il godimento della cosa comodata (così art. 1804, co. 2 c.c.); dall'altro, il comodante può lasciare agli eredi del comodatario l'uso della cosa stessa (art. 1811 c.c.).<sup>27</sup>

Passando al profilo causale, va evidenziato che la ricostruzione di tale requisito del contratto in commento risulta non agevole, anche in considerazione del concetto di causa che si presta alle più varie impostazioni dogmatiche.<sup>28</sup>

Nei primi anni di vigenza del codice civile del '42 taluni autori individuavano nella cortesia l'elemento che fonda il comodato, costituendone la causa stessa.<sup>29</sup> Ciò in considerazione della fiducia che è alla base della instaurazione del rapporto e delle particolari esigenze di carattere sociale cui assolve il contratto. In quest'ottica, il comodato trova «la sua giustificazione causale nella volontà di sopperire ad una contingente

---

<sup>23</sup> Cfr. M. Fragali, *Comodato*, cit., p. 317. In tema di comodato di immobile destinato a casa familiare, si rinvia a Cass. civ., SS.UU., n. 20448 del 29 settembre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, I, p. 5.

<sup>24</sup> La giurisprudenza di legittimità ha precisato che qualora un immobile venga concesso in comodato con la clausola «fino a quando i comodatari non abbiano reperito un alloggio», il termine stabilito è meramente apparente, mancando di qualsiasi concretezza temporale di determinazione e deve considerarsi come non apposto, con la conseguenza che il rapporto resta regolato dall'art. 1810 c.c. (Cass. civ., Sez. I, n. 2750 del 22 marzo 1994, con nota adesiva di E. Morena, *Un caso in tema di comodato immobiliare: l'obbligo di restituzione e la mancata apposizione del termine*, in *Giust. civ.*, 1994, VII-VIII, p. 2517).

<sup>25</sup> F. Scaglione, *Il Comodato, artt. 1803-1812*, cit., p. 160.

<sup>26</sup> M. Fragali, *Comodato*, cit., p. 316; G. Giampiccolo, *Comodato e Mutuo*, cit., p. 10; R. Teti, «voce» *Comodato* cit., p. 39 ss.

<sup>27</sup> M. Fragali, *Comodato*, cit., p. 204 ss.; A. Luminoso, «voce» *Comodato*, cit., p. 1.

<sup>28</sup> Per il complesso panorama delle teorie della causa, sia consentito rinviare ai seguenti Autori: E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Tratt. dir. civ. diretto da F. Vassalli, vol. XV, Utet, Torino, 1960, p. 171 ss.; M. Giorgianni, «voce» *Causa del negozio giuridico*, (dir. priv.), in Enc. dir., vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 549 ss.; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1968, *passim*; C.M. Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 452 ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2006, p. 810 ss.; V. Roppo, *Il Contratto*, cit., p. 341 ss.; A. Federico, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 2018, p. 1 ss. Con riferimento all'indagine sulla causa negli atti gratuiti atipici, si veda il contributo di R. Senigaglia, *Per un'ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà «orizzontale» e contratto*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2016, 6, p. 507 ss. In giurisprudenza, rilevanti in tema di causa concreta, Cass. civ., Sez. III, n. 10490 del 25 gennaio 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, p. 299 ss.; Cass. civ. Sez. I, n. 4612 del 24 ottobre 1997, in C.E.D. Cass. n. 515189 - 01.

<sup>29</sup> F. Carresi, *Il comodato. Il mutuo*, in Tratt. dir. civ. it., (diretto da F. VASSALLI), Torino, Utet, 1950, p. 13.

necessità altrui, con il godimento gratuito, personale e transeunte di una cosa», dando vita, così, ad una relazione negoziale che «trae la sua ragion d'essere da rapporti di condiscendenza e di fiducia».<sup>30</sup>

Siffatta tendenziale vocazione solidaristica, caratterizzata dalla volontà di consentire un vantaggio di comodità e un'agevolazione, può certamente incidere sulla connotazione causale del contratto, «in modo da divenire un dato importante *ad colorandam causam*».<sup>31</sup>

A ben vedere, tale ricostruzione finisce col confondere la causa con il tipo,<sup>32</sup> non considerando che la causa valutata e controllata in concreto non si esaurisce nello schema astratto codificato. Del resto, due contratti del medesimo tipo possono avere cause molto diverse.<sup>33</sup>

Da qui l'esigenza di liberare la figura in esame dalla nozione di cortesia.<sup>34</sup> L'elemento identificativo del tipo è più propriamente ravvisabile nell'attribuzione, priva di corrispettivo, del godimento di cosa di specie a beneficio dell'accipiente, per un periodo o un uso determinato.<sup>35</sup> Tale concezione, svincolata dall'elemento della cortesia, può favorire una più agevole indagine della causa concreta<sup>36</sup> – in base ad una ricostruzione di tale elemento in termini «di sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato»<sup>37</sup> – quando la concessione in godimento del bene non sia dovuta ad mero spirito di cortesia o da benevolenza, bensì da esigenze diverse, come evitare di pagare tasse, pesi e oneri che gravano sul bene, ovvero per la necessità di mantenere in uso la *res commodata* o, ancora, per esigenze commerciali o pubblicitarie.<sup>38</sup>

Per espressa previsione normativa, oggetto del comodato possono essere sia beni immobili che mobili (art. 1803 c.c.). Quale ipotesi di prestito d'uso – e non prestito di consumo (e cioè di mutuo) – il comodato

---

<sup>30</sup> Così, Cass. civ., Sez. III, n. 2856 del 29 ottobre 1963, in C.E.D. Cass. n. 264429 - 01; Cass. civ., Sez. III, n. 3695 del 11 novembre 1974, ivi n. 372225 - 01; entrambe richiamate da Cass. civ., Sez. III, n. 17402 del 13 dicembre 2018 (non massimata).

<sup>31</sup> M. Fragali, *Comodato*, cit., p. 199.

<sup>32</sup> Mette in evidenza tale confusione linguistica e concettuale – seppure nell'ambito dell'indagine sulla funzione svolta dall'art. 1322 co. 2 c.c., F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Key Editore, Frosinone, 2017, p. 20 nt. 61, p. 65.

<sup>33</sup> V. Roppo, *Il Contratto*, cit., p. 408.

<sup>34</sup> Nel contratto di comodato, ove avvenuta la consegna del bene, l'intento cortese resta relegato nell'ambito dei motivi. Così, V. Panuccio, «voce» *Prestazioni di Cortesia*, p. 272; nello stesso senso, P. Morozzo Della Rocca, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., p. 114 ed ivi nt. 72.

<sup>35</sup> G. Giampiccolo, *Comodato e Mutuo*, cit., p. 5; G. Tamburrino, «voce» *Comodato*, cit., p. 1000; A. Luminoso, «voce» *Comodato*, cit., p. 1; R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 38. Tale impostazione appare rispondente alla definizione azzoniana di comodato: «*commodatum est alicuius rei ad aliquem specialem usum gratuita facta concessio*», si veda U. Santarelli, «voce» *Comodato nel diritto medievale e moderno*, in Dig., disc. priv. (sez. civ.), vol. III, Utet, Torino, 1988, p. 35.

<sup>36</sup> Osserva A. Federico, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, cit., p. 14 s.: «qualora si intenda ricercare l'interesse alla base del compimento dell'atto di autonomia, l'indagine non può che rivolgersi alla causa, che in quanto tale racchiude tra i molteplici interessi astrattamente ipotizzabili quelli che acquistano concreta e specifica consistenza e confluiscono in essa. [...] la causa – intesa come funzione economico-individuale – da un lato, è l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi (primari o secondari che siano) della complessa ed articolata struttura della regola privata che il contratto esprime; dall'altro, dinanzi alla regolamentazione prospettata dal contratto, costituisce l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettivata delle finalità soggettive che le parti del contratto intendono perseguire».

<sup>37</sup> Così, Cass. n. 10490/2006, cit.

<sup>38</sup> In queste ultime due ipotesi il comodato si inserisce, di regola, in un'operazione contrattuale più ampia, atteggiandosi alla stregua di un contratto secondario rispetto ad un negozio principale (di solito oneroso) cui è collegato o è patto che vi accede. Sul problema della funzione del comodato in caso di collegamento negoziale si rinvia a N. Cipriani, *Il Comodato*, cit., p. 44 ss.

può avere ad oggetto solamente cose non consumabili, non restituibili per *tantundem*, dato «l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta» (art. 1803 c.c.).

Il comodato è contratto a forma libera, dato che lo stesso non è soggetto all'onere della forma scritta di cui all'art. 1350 c.c., che non riguarda nemmeno il comodato immobiliare, anche se di durata ultranovennale, il quale può essere provato anche per testimoni e per presunzioni.<sup>39</sup>

Il comodato di azienda commerciale, invece, esige la forma scritta ad *probationem*, in base alla generale previsione di cui all'art. 2556 co. 1 c.c.<sup>40</sup>

A nessun effetto, per il comodato avente ad oggetto beni immobili o mobili registrati, è prevista la trascrizione (v. art. 2643 c.c.).<sup>41</sup>

## 2. Obbligazioni nascenti dal contratto.

Occorre ora soffermarsi sugli effetti che dalla fattispecie scaturiscono.

Giova premettere che dato il silenzio del legislatore non è agevole individuare le obbligazioni principali che sorgono in capo al comodante.

Essendo il nostro contratto fonte di obbligazioni per entrambe le parti, non può ritenersi che il comodante sia soggetto ad un mero dovere di astensione verso controparte. Perciò l'obbligazione principale cui lo stesso è tenuto è «lasciar godere»<sup>42</sup> la cosa, che si estrinseca nel precipuo obbligo di non compiere atti di disposizione materiale o giuridica della cosa comodata idonei a pregiudicare il godimento del comodatario e di non impedirgli l'uso nei modi e per il tempo stabiliti nel regolamento contrattuale.

Un'altra obbligazione (a carattere eventuale) a carico del comodante è quella di rimborsare al comodatario le spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa, «se queste erano – al contempo – necessarie e urgenti» (art. 1808 c.c.).<sup>43</sup> La necessità e l'urgenza dovranno essere vagliate dal giudice, caso per caso, in base alle risultanze istruttorie e al suo prudente apprezzamento.

La previsione di cui all'art. 1812 c.c., invece, non prevede una vera e propria obbligazione del comodante, ma impone allo stesso di attribuire in godimento una cosa immune da vizi che possano arrecare danno a chi se ne serve. In considerazione della gratuità dell'attribuzione, la norma citata limita la siffatta responsabilità contrattuale alla sola ipotesi in cui ricorra il dolo del concedente (la cui prova deve essere data dal comodatario).<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Così, tra tante, Cass. civ., Sez. III, n. 8548 del 3 aprile 2008, in C.E.D. Cass. n. 602508 - 01; Cass. civ., Sez. III, n. 11620 del 4 dicembre 1990, ivi, n. 470022 - 01; Cass. civ., Sez. III, n. 2591 del 15 ottobre 1973, ivi, n. 366060 - 01.

<sup>40</sup> A. Luminoso, «voce» *Comodato*, cit., p. 2.

<sup>41</sup> A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 648; R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 41.

<sup>42</sup> R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 46.

<sup>43</sup> Al riguardo, v. Cass. civ., Sez. I, n. 15699 del 15 marzo 2018, in *Giur. it.*, 2018, VIII-IX, p. 1808 ss.

<sup>44</sup> Così A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 659; G. G. Giampiccolo, *Comodato e Mutuo*, cit., p. 33 ss. In termini, Cass. civ., Sez. III, n. 819 del 2 aprile 1963, in *Foro it.*, 1963, X, p. 2198 ss.



L'obbligo del comodante di far godere la cosa è in correlazione con la posizione giuridica attiva che sorge in capo al comodatario che si sostanzia, come si è accennato, in un diritto personale di godimento.<sup>45</sup>

Sul comodatario gravano innanzitutto gli obblighi di custodia e conservazione della cosa, strumentali all'obbligazione di restituire la *eadem res* al termine del rapporto. Nell'obbligo di conservare è compreso quello di effettuare le spese ordinarie finalizzate alla conservazione della cosa, delle quali il comodatario non può chiedere il rimborso (come si desume, *a contrario*, dall'art. 1808 co. 2 c.c.).

Il comodatario deve servirsi della cosa unicamente per l'uso determinato dal contratto o connaturale alla cosa.<sup>46</sup> Secondo autorevole dottrina, l'obbligazione del comodatario di usare la cosa in un determinato modo non è propriamente un'obbligazione, ma rappresenta il limite al beneficio che gratuitamente gli è stato contrattualmente attribuito.<sup>47</sup>

### 3. Comodato senza determinazione di durata.

Innovando rispetto al codice civile del 1865, il Legislatore del '42 ha posto accanto al comodato propriamente detto (artt. 1803-1809 c.c.) il «comodato senza determinazione di durata», rubricato all'art. 1810 c.c. (cd. precario).<sup>48</sup>

Invero, la dicotomia *commodatum* - *precarium*<sup>49</sup> era già presente nella riflessione dei giuristi medievali, che misero in evidenza la differenza – ancora attuale – consistente essenzialmente nella diversa modalità dell'*usus*, che era certo nel comodato e rimaneva invece incerto nel precario.

Questo sottotipo<sup>50</sup> di comodato ricorre quando non sia stato espressamente determinato un termine per la restituzione della cosa e lo stesso non sia desumibile tacitamente dall'uso cui la cosa è destinata. In siffatta fattispecie, dunque, la scadenza del contratto è rimessa alla determinazione di colui che consente il godimento.

La precarietà dell'attribuzione comporta un'attenuazione del vincolo contrattuale nascente dal contratto per il comodante e correlativamente l'acquisto da parte del comodatario di una situazione per sua natura instabile. Quest'ultimo infatti si trova in una situazione soggettiva passiva di soggezione, di fronte al diritto del concedente di determinare potestativamente la fine del rapporto mediante l'esercizio del recesso *ad nutum*.<sup>51</sup> La soluzione legislativa si spiega in base all'esigenza di dare un termine finale ad un

---

<sup>45</sup> F. Carresi, «voce» *Comodato*, cit., p. 692; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit. pp. 647-650.

<sup>46</sup> G. Tamburrino, «voce» *Comodato*, cit., p. 1003.

<sup>47</sup> F. Carresi, «voce» *Comodato*, cit., p. 692.

<sup>48</sup> Cfr. Relazione al codice civile, n. 734.

<sup>49</sup> È bene ricordare che nel diritto romano il *precarium* nasce come rapporto di mero fatto tra soggetto e cosa, consistente nell'attribuzione in godimento di un bene revocabile *ad nutum* dal concedente, V. Cipriani, *Il Comodato*, cit., p. 164, nt. 466 e riferimenti ivi contenuti. Per contro, nell'età intermedia il *precarium* diviene un vero e proprio contratto al pari del comodato, cfr. in tal senso, U. Santarelli, *Comodato nel diritto medievale e moderno*, cit., p. 35.

<sup>50</sup> In tal senso, R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 48; F. Mastropaolo, *I singoli contratti. I contratti reali*, in Tratt. dir. civ. diretto da R. Sacco, vol. VII, Utet, Torino, 1999, p. 734.

<sup>51</sup> M. Fragali, *Comodato*, cit., p. 321.

rapporto che in astratto potrebbe protrarsi *sine die*, contrariamente alla temporaneità dell'uso. La scelta è coerente con i principi generali in tema di contratti di durata senza prefissione di un termine, per i quali è normalmente previsto il recesso *ad nutum*. In tale ipotesi, il recesso legale svolge una precipua funzione determinativa e liberatoria.<sup>52</sup>

La richiesta di restituzione *ex art.* 1810 determina l'immediata cessazione del diritto del comodatario alla disponibilità e al godimento della cosa. Con la conseguenza che, una volta sciolto il contratto per unilaterale iniziativa del comodante, il comodatario che rifiuti o ritardi la restituzione della cosa, viene ad assumere la posizione di detentore abusivo del bene altrui.<sup>53</sup>

La specialità della figura tuttavia non esclude l'applicabilità della disciplina generale in tema di comodato.

#### **4. Estinzione del rapporto, recesso e obbligo di restituzione.**

Sono cause normali di estinzione del comodato innanzitutto la scadenza del termine o l'avvenuto uso dedotto in contratto (art. 1809 co. 1 c.c.) e, nel comodato senza determinazione di durata, la richiesta del comodante.

Qualora siano stati previsti sia un particolare uso che un termine, deve ritenersi che compiuto ed esaurito l'uso, il comodatario sia tenuto alla restituzione ancorché non sia trascorso il termine stabilito, la cui apposizione ha solo la funzione di delimitare il tempo massimo entro il quale avrebbe dovuto farsi uso della cosa.<sup>54</sup>

Di converso, cause eccezionali di estinzione del rapporto sono: a) il recesso in autotutela del comodante *ex art.* 1804 co. 3 c.c.; b) il perimento della cosa; c) la sopravvenuta impossibilità di usare la cosa;<sup>55</sup> d) il recesso del comodante per l'insorgenza di un impreveduto ed urgente bisogno e) la morte del comodatario; f) il recesso del comodatario.

Va soggiunto che in applicazione del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, il contratto di comodato si estingue quando si estingue il diritto del comodante.<sup>56</sup>

Particolare importanza nell'economia del rapporto rivestono le ipotesi di recesso del comodante.

---

<sup>52</sup> Sulla funzione determinativa del recesso, sia consentito rinviare a M. Franzoni, *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale, artt. 1372-1373*, in Commentario Schlesinger - Busnelli, vol. I, Giuffrè, Milano, 2013, p. 367 ss.

<sup>53</sup> L. Bognanni, *Comodato immobiliare e restituzione del bene: riflessioni su contratto atipico in presenza della clausola contrattuale "nel caso che il comodante ne abbia necessità"*, cit., p. 125.

<sup>54</sup> F. Carresi «voce» *Comodato*, cit., p. 695; R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 47.

<sup>55</sup> G. Giampiccolo, *Comodato e Mutuo*, cit., p. 35; F. Mastropaolo, *I singoli contratti. I contratti reali*, cit., p. 736.

<sup>56</sup> Ciò si verifica quando si estingue la posizione giuridica soggettiva del comodante da cui derivava il potere di godimento concesso al comodatario. La cessazione del rapporto si ha anche qualora il proprietario-comodante alieni, anche a titolo gratuito, il bene comodato, non essendo il contratto di comodato, anche se di data certa ed anteriore, opponibile al terzo acquirente, atteso che le disposizioni dell'art. 1599 c.c. non sono estensibili, per il loro carattere eccezionale, ai rapporti diversi dalla locazione (così, *ex multis*, Cass. civ., Sez. III, n. 664 del 18 gennaio 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 6, p. 837 ss., con nota di L. Pellegrini, *Inopponibilità a terzi del contratto di comodato e risarcimento del danno*).

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 1804 co. 3, il comodante può esigere la restituzione anticipata e immediata del bene nel caso in cui il comodatario si renda inadempiente agli obblighi previsti dal medesimo articolo ai commi 1 e 2, relativi all'uso e alla custodia del bene. Si tratta di un recesso per giusta causa, esercizio di un potere di autotutela, in presenza di condotte abusive del comodatario che fanno venir meno la fiducia che è alla base del rapporto, il cui esercizio lascia integra l'eventuale responsabilità contrattuale nella quale il comodatario fosse già incorso.<sup>57</sup>

Se sopravviene, in pendenza di termine o prima che il comodatario abbia fatto uso della cosa, un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigere la restituzione immediata (art. 1809 co. 2 c.c.). La *ratio* della norma risiede nella natura essenzialmente gratuità del comodato, che non permette a chi dà in benevolo e gratuito godimento la cosa di sopportarne imprevisti sacrifici.<sup>58</sup> Il bisogno che giustifica la richiesta del comodante di restituzione del bene non deve essere grave, ma imprevisto (e, dunque, sopravvenuto rispetto al momento della stipula del contratto di comodato) ed urgente, senza che rilevino bisogni non attuali, né concreti o solo astrattamente ipotizzabili. Il recesso anticipato *ex* art. 1809 co. 2 c.c. è quindi possibile solo qualora venga fornita la prova della sopravvenienza di un bisogno con i caratteri testé descritti.<sup>59</sup>

Sebbene a seguito del recesso il comodatario debba restituire immediatamente la cosa, è conforme ai principi di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. ritenere che il comodatario debba poter usufruire di termine breve, qualora la restituzione immediata possa procurargli un apprezzabile pregiudizio. Le ragioni del comodante, quindi, possono soggiacere ad un bilanciamento con gli interessi patrimoniali del comodatario, che possono emergere nella fattispecie concreta.<sup>60</sup>

Oggetto dell'obbligo di restituzione è la medesima cosa comodata, con tutti gli accessori, gli accrescimenti e i frutti, a meno che sia convenuto che essi spettino al comodatario.<sup>61</sup>

## 5. Il comodato di terzo genere.

È stato efficacemente detto che «al tipo sfuggono le peculiarità del caso concreto ed esso diventa metodo di primo approccio, certamente non esaustivo».<sup>62</sup>

---

<sup>57</sup> R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 47; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 661. In tal senso, v. Cass. civ., Sez. III, n. 6203 del 22 gennaio 2014, in C.E.D. Cass. 629890 - 01.

<sup>58</sup> G. Tamburrino, «voce» *Comodato*, cit., p. 1005.

<sup>59</sup> Cfr., da ultimo, Cass. civ., Sez. III, n. 20892 del 17 ottobre 2016, in *Giur. it.*, 2017, VII con nota critica di E. Emiliozzi, *Contratto di comodato senza indicazione del termine e restituzione del bene*, pp. 1556, 1564.

<sup>60</sup> R. Teti, «voce» *Comodato*, cit., p. 48; F. Scaglione, *Il Comodato, artt. 1803-1812*, cit., p. 162. Non può non valere anche per il comodato il principio generale espresso da Cass. civ. Sez. III, n. 20106 del 18 settembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, p. 85, secondo cui i doveri di correttezza e buona fede consentono di recedere senza causa (*ad nutum*), ma non senza modi (*ad libitum*).

<sup>61</sup> G. Tamburrino, «voce» *Comodato*, cit., p. 1005.

<sup>62</sup> L'espressione è di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, vol. I, Esi, Napoli, 2006, p. 353, nt. 256.

Il diritto vivente,<sup>63</sup> difatti, discostandosi dai suddetti modelli tipici, ha riconosciuto l'esistenza di un comodato cd. "di terzo genere". La figura si connota per il fatto di essere un comodato immobiliare senza determinazione di durata, che tuttavia si sottrae al principio della libera recedibilità dal rapporto, che costituisce uno dei *naturalia negotii* del comodato precario. I paciscenti, quindi, ai sensi dell'art. 1322 c.c. possono modulare mediante specifica pattuizione il potere di restituzione della cosa in funzione della valorizzazione dell'assetto d'interessi raggiunto nel regolamento contrattuale.<sup>64</sup>

Le pronunce di legittimità in tema di comodato di terzo genere hanno riguardato fattispecie eterogenee. Nel menzionato *leading case* (Cass. n. 6678/2008) le parti avevano convenuto che il potere di richiedere la restituzione dell'immobile potesse esercitarsi solo in presenza di una necessità di utilizzazione dello stesso che fosse stata incompatibile con la prosecuzione del godimento del comodatario. Con la conseguenza che tale necessità di utilizzazione fosse prospettata all'atto del recesso dal comodante e, in caso di contestazione, dimostrata. In detta occasione, la clausola contrattuale «nel caso il comodante ne abbia la necessità» è stata ritenuta meritevole di tutela, in quanto espressione di autonomia contrattuale. Si può leggere tra le righe della sentenza l'intenzione del Giudice della nomofilachia di intendere la meritevolezza come grimaldello per l'ingresso nell'ordinamento di un nuovo schema contrattuale, poiché l'autonomia privata può esprimersi prescindendo dai dettami previsti per contratti tipici.

La regolamentazione pattizia in questione, pur affievolendo il diritto potestativo del concedente al recesso, rimane ispirata al *favor* per la restituzione del bene, che diviene esigibile al verificarsi della sopravvenienza qualificata.

In un recente arresto,<sup>65</sup> ancora, la Corte di Cassazione ha riconosciuto meritevole di tutela la pattuizione – idonea a connotare di atipicità il godimento *iure commodati* senza determinazione di durata – con cui i contraenti<sup>66</sup> avevano condizionato la possibilità per il comodante di ottenere *ad nutum* la restituzione dell'immobile alla cessazione dell'uso conforme alla concordata destinazione (la diffusione della cultura dantesca) o all'estinzione dell'ente comodatario.

Nel caso di specie, il positivo esito dell'"indefettibile" giudizio di meritevolezza<sup>67</sup> sulla clausola ha trovato fondamento nell'altezza dei compiti culturali, morali e scientifici che l'ente comodatario è notoriamente

---

<sup>63</sup> A partire da Cass. civ., Sez. III, n. 6678 del 12 marzo 2008, in *Giust. civ.*, 2009, III, p. 1399, con nota di F. De Paola, *Una nuova e atipica figura di comodato*, nonché in *Vita not.*, 2009, I, p. 120, con nota di L. Bognanni, cit.

<sup>64</sup> Cass. civ., Sez. I, n. 8571 del 6 aprile 2018, precisa che «la specialità del comodato di terzo genere non sta dunque nell'apprestare un particolare statuto giuridico agendo sul profilo temporale del rapporto, ma nel rendere negoziabile il potere di restituzione sottraendolo alla regola dell'esercizio discrezionale e facendo sì che il comodante possa farne uso solo al ricorrere delle condizioni convenute dalle parti»; id. Cass. civ., Sez. III, n. 9796 del 9 aprile 2019.

<sup>65</sup> Cass. n. 8571/2018 cit.

<sup>66</sup> Il Comune di Roma (ora, Roma Capitale) ed un ente morale.

<sup>67</sup> Secondo alcuni i contratti atipici necessitano di un triplice controllo: il controllo sulla meritevolezza giuridica dell'interesse perseguito dalle parti, il controllo relativo alla causa in concreto e, infine, il controllo sulla liceità della stessa (in tal senso, L. Bigliuzzi Geri et al., *Diritto civile 1, Fatti e atti giuridici*, Utet, Torino, 2001, p. 706). Invero, il giudizio di meritevolezza è stato ed è tuttora oggetto di plurime e diversificate opinioni dottrinali e giurisprudenziali. Nelle recenti pronunce è prevalente la tendenza ad accogliere la teoria della identificazione, secondo cui il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti di un contratto atipico deve avere ad oggetto la causa concreta (in questo senso, tra tante, Cass. civ., Sez. VI, n. 19559 del 30 settembre 2015, e Cass., SS.UU., n. 4222 del 17 febbraio 2017, ivi, n. 642541 - 01); in senso contrario, F. Gazzoni, *Atipicità del*

impegnato a perseguire al fine di onorare la figura del Sommo Poeta, mantenendo costantemente vivo l'interesse per la sua eredità culturale.

La meritevolezza del comodato di terzo genere, dunque, sembrerebbe passare dalla valutazione di conformità degli interessi che lo schema atipico intende perseguire con i valori di solidarietà, parità e non prevaricazione, che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati.<sup>68</sup>

Da tali coordinate interpretative emerge che sul comodante ricade sia il rischio di un rapporto di lunghissima durata, che l'onere della prova dei presupposti legittimanti la richiesta di restituzione, ove siano convenute dette clausole limitative del potere di recesso.<sup>69</sup>

Ciò nonostante, il principio di autonomia contrattuale, se esercitato nei limiti imposti dalla legge non può essere ridimensionato in materia di contratti gratuiti<sup>70</sup> e l'accordo che ne deriva può essere più gravoso per il comodante rispetto alla disciplina legale.

Nel caso del comodato di terzo genere, quindi, il contenuto della pattuizione derogativa della disciplina tipica – «pur nell'ambito di resistenza dell'elasticità del tipo»<sup>71</sup> – pone tanto un problema di valutazione della meritevolezza dell'assetto pattizio, quanto di accertamento della liceità della causa concreta.<sup>72</sup>

Tuttavia, è necessario considerare che l'incisività del controllo di meritevolezza rende concreto il pericolo di vanificare il valore dell'autonomia contrattuale, sicché il rischio di arbitri decisionali e di tentativi di funzionalizzazione del contratto sarà stemperato soltanto qualora il giudizio rimanga ancorato a criteri obiettivi ancorché metagiuridici, dunque scevro da convincimenti personali dell'interprete.<sup>73</sup>

---

*contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 54, secondo cui «l'art. 1322 comma secondo c.c. può avere un senso del tutto peculiare solo se si ricollega la norma alla teoria della tipicità sociale: il giudizio di meritevolezza significherebbe allora giudizio circa la congruità dello schema atipico privato (individuale) con un qualsivoglia schema tipico (sociale). Una volta superato l'esame sulla conformità sociale dello schema, l'atto privato deve, poi superare l'altro esame circa la liceità della causa». Per la ricostruzione del dibattito in tema di meritevolezza e sull'evoluzione della clausola sia consentito rinviare al recente contributo di E. Minervini, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 15 ss.

<sup>68</sup> Detta impostazione è stata accolta da Cass. 28 aprile 2017, n. 10509, in *Foro it.*, 2017, I, p. 3114 ss.

<sup>69</sup> In questo senso, Cass. n. 6678/2008 cit.; Cass. n. 8571/2018 cit.; Cass. n. 9796/2019 cit.

<sup>70</sup> Sul tema del giudizio di meritevolezza dei contratti gratuiti, v. Cass. civ., Sez. III, n. 982 del 28 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 1836. Da ultimo, Cass. civ., Sez. III, n. 1038 del 17 gennaio 2019, ha ribadito il principio secondo cui «la sola mancanza del corrispettivo in favore dell'obbligato non comporta la mancanza di causa del contratto atipico allorché esso sia assimilabile ad un tipo nominato dal codice per il quale sia prevista la gratuità», ma occorre pur sempre che l'atto di autonomia privata sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto immeritevole di tutela un contratto di comodato atipico intercorso tra le parti che si risolveva, in ogni sua pattuizione, in una serie di unilaterali vantaggi per il soggetto che aveva la gratuita disponibilità di un immobile di pregio per un durata fissata in otto anni, con rinnovo tacito per lo stesso periodo in caso di mancata disdetta e con riserva per il comodatario del diritto di opzione per una locazione a prezzo irrisorio.

<sup>71</sup> L'espressione è di F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 32.

<sup>72</sup> Il primo giudizio da condurre in base a criteri non normativi, come ad es. la conformità a schemi sociali reiterati e il secondo in base a criteri di derivazione normativa di cui all'art. 1343 c.c. In tal senso, F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 56.

<sup>73</sup> Non è astratto il rischio di riempire la clausola di meritevolezza di contenuti ideologici se si considera la sua origine e l'intento di trasferire all'interno del sistema del diritto civile principi etico-politici, elaborati dal regime in un'ottica dirigitica dell'economia, nel quadro dell'ordinamento corporativo, cfr. in tal senso, E. Minervini, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, cit., p. 5.

## 6. Conclusioni.

La breve analisi condotta suscita una riflessione conclusiva.

L'intrinseca relatività della valutazione di meritevolezza cui soggiace il contratto di comodato atipico e le possibili interferenze sul rapporto del principio di buona fede *in executivis*, lasciano presagire ulteriori sviluppi giurisprudenziali.

La marcata connotazione socioeconomica del comodato e l'elasticità del tipo contrattuale spiegano tutta la sua mutevolezza nel corso del tempo e tali peculiarità, unitamente al divenire storico del concetto di autonomia negoziale,<sup>74</sup> consegnano all'interprete nuovi problemi ermeneutici e qualificatori. Cosicché, ai fini di una valida esegesi del caso concreto, «il giurista prenderà così dalla storia il suo punto di partenza e tornerà a guardare alla storia nel suo punto di arrivo», in quanto «il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione, della quale è continuo collaboratore l'interprete»<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Non può non condividersi l'affermazione secondo cui «dove l'ordinamento non interviene si riafferma il principio di libertà, e l'autonomia va affermata in tutta la sua integrità: è questo il senso dell'espressione e del termine autonomia dei privati come principio fondante del diritto privato e dell'ordinamento nella sua totalità», così P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, I, p. 27; id., in P. Rescigno et al., *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 55. In tema di autonomia privata, seppure in un'accezione diversa, v. anche N. Irti, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2018, 3, p. 380.

<sup>75</sup> T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 14 ss.



**Brevi riflessioni in tema di tutela della privacy durante la pandemia Covid-19.  
Il caso dell'impiego dei droni per la verifica del rispetto delle misure di  
contenimento e contrasto alla diffusione del virus.**

A cura della **Dott.ssa Federica Marconi**<sup>1</sup>

**ABSTRACT**

La continua evoluzione del contesto emergenziale generato dalla crisi sanitaria da Covid-19, ha posto l'esigenza di adottare misure volte ad assicurare la verifica sul pieno rispetto delle disposizioni dettate in materia di contenimento e contrasto alla diffusione dell'epidemia. Il non sempre pieno rispetto di tali misure da parte dei cittadini dei diversi Stati colpiti dal virus ha spinto questi ultimi a ricorrere a strumenti di controllo e monitoraggio generalizzati, più o meno invasivi della sfera personale. Tra questi, si annovera l'utilizzo di sistemi di riconoscimento biometrico, di geolocalizzazione o di videosorveglianza. Sembra che le nuove tecnologie si stiano conquistando, sempre più, un ruolo da protagoniste nella lotta al virus, dimostrandosi particolarmente efficaci nel combatterne la diffusione. Ci si chiede allora: fino a che punto lo stato di emergenza – in una situazione di crisi senza precedenti come quella attuale – può giustificare la compressione del diritto alla riservatezza dei dati? Entro che limiti le democrazie occidentali possono ricorrere a strumenti che, come i droni, consentono di realizzare una sorveglianza sistematica e generalizzata nei confronti della totalità della popolazione? Entro quale perimetro le misure per verificare il rispetto degli obblighi di permanenza domiciliare e distanziamento sociale potrebbero dirsi realmente conformi al canone di proporzionalità? Fin dove l'enforcement pubblicistico può spingersi ad impiegare strumenti lesivi della libertà personale senza che questo sfoci in forme più o meno inedite di controllo sociale?

---

<sup>1</sup> Avvocato presso l'ordine degli avvocati di Roma e dottorando in "Teoria dei Contratti, dei Servizi e dei Mercati" presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, dove è cultore della materia sulle cattedre di Diritto Pubblico dell'Economia; Istituzioni finanziarie europee; European Institutions, Law and Markets.



## **ABSTRACT**

The Covid-19 outbreak is severely testing the democratic systems of most advanced countries. A lively debate has arisen with regard to the emergency measures adopted by several European countries to contain and fight the spread of the virus. Due to the ongoing health crisis and because of the consequent economic and social issues, most countries have been adopting measures to monitor the public compliance with lockdown regulations and to encourage or enforce social distancing. Some States have begun deploying generalized control and monitoring tools, more or less invasive in the personal sphere, to monitor individual activities such as whether or not people are complying with social distancing.

Technologies like biometric recognition, GIS and mapping, location technology or video surveillance systems are playing a growing key role in responding to Covid-19 pandemic, by helping authorities and people in different ways to prevent further spread of the coronavirus outbreak. Although, ongoing aerial surveillance and surveillance to track individual's health raise serious issues regarding to the erosion of citizen's constitutional rights, such as their privacy rights. Several questions arise: can the state of emergency - in a crisis situation as unique as the current one - justify the compression of the right of personal data protection? How can the adoption of tools like drones – which may carry out systematic and generalized surveillance on the entire population – be considered justified within the legal framework of democratic countries? To what extent can measures to verify compliance with emergency regulations and to ensure social distancing really be considered compliant with the principle of proportionality? How far can public enforcement go in using instruments that infringe personal freedom? Beyond which limit must the surveillance capabilities of this technology be considered as unprecedented digital forms of social control?

## **PAROLE CHIAVE**

misure emergenziali, Covid-19, Privacy, Droni, European Data Protection Board.

**Sommario:** 1. Il caso italiano: la nota ENAC sull'impiego dei droni. – 2. Contesto normativo di riferimento e dichiarazioni del European Data Protection Board: come garantire che l'enforcement pubblico sia privacy compliant? – 3. Prospettiva comparata: brevi cenni sulla pronuncia del Conseil d'État sulla inammissibilità della sorveglianza del rispetto delle norme Covid-19 per mezzo dei droni. 4 – Brevi riflessioni conclusive.

## 1. Il caso italiano: la nota ENAC sull'impiego dei droni

L'Organizzazione Mondiale della Sanità, dopo aver riconosciuto e dichiarato il carattere pandemico della diffusione del Covid-19, si è rivolta agli Stati consigliando di intensificare la sorveglianza attiva per rendere più facile e celere l'identificazione di individui infetti, al fine di attuare un rapido isolamento e/o eventuale quarantena. Cogliendo tali indicazioni, l'Italia, come molti altri Paesi europei, ha fatto ricorso all'impiego dei droni per attuare rigorosamente la sorveglianza durante e nella fase immediatamente successiva al lockdown generalizzato: ciò ha sollevato ovvie preoccupazioni in materia di protezione dei dati personali e di privacy, proprio in quanto i droni – se e quando utilizzati per la sorveglianza – risultano dotati di telecamere di bordo o di altri sensori capaci di raccogliere informazioni e monitorare gli spostamenti.

L'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile - ENAC, con provvedimento del 23 marzo 2020<sup>2</sup> ha autorizzato in via generalizzata le forze dell'ordine ad impiegare i droni<sup>3</sup> per il contrasto alla diffusione del Covid-19<sup>4</sup> «[...] nell'ottica di garantire il contenimento dell'emergenza epidemiologica “coronavirus”, al fine di consentire le operazioni di monitoraggio degli spostamenti dei cittadini sul territorio comunale», così come previsto dai DPCM dell'8 e del 9 marzo 2020.<sup>5</sup> In particolare, sono state dettate disposizioni derogatorie rispetto a quanto originariamente previsto dal Regolamento ENAC relativo a “Mezzi Aerei a Pilotaggio Remoto”<sup>6</sup>, per le operazioni condotte con sistemi aeromobili a pilotaggio remoto con mezzi aerei di massa operativa inferiore a 25 kg nella disponibilità dei Comandi di Polizia Locale e impiegati nelle attività di monitoraggio. Tra queste, è stata ammessa la possibilità di effettuare operazioni critiche

---

<sup>2</sup> Nota ENAC, prot. 23/03/2020-0032363-P, relativa ai “Provvedimenti governativi emergenziali in vigore fino al 03/04/2020 – Utilizzo dei droni” e rivolta ai Ministeri dell'Interno, delle Infrastrutture e dei Trasporti, della Giustizia e al Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Hanno fatto seguito le ulteriori note di aggiornamento del 31/03/2020 prot. 34875-P; del 09/04/2020 prot. 36155-P; del 16/04/2020 prot. 39230-P; del 30/04/2020 prot. 43446-P.

<sup>3</sup> Con il termine droni si designano mezzi aerei a pilotaggio remoto che operano autonomamente o vengono pilotati a distanza. Per ricostruire una completa definizione è necessario fare riferimento al glossario dell'Organizzazione Internazionale dell'aviazione civile (CIR328, 2011); alla normativa europea (Reg. UE 2018/1139 del Parlamento europeo e del Consiglio del 04 luglio 2018, in vigore dal 11 settembre 2018 e recante “Norme comuni al settore dell'aviazione civile”); alla normativa nazionale, con particolare riferimento al Regolamento ENAC di cui di dirà infra.

<sup>4</sup> Ne costituisce un esempio quanto previsto dal Comune di Cagliari che ha impiegato i droni per verificare gli spostamenti delle persone e gli assembramenti in funzione anti contagio da coronavirus. Agli agenti della polizia locale, infatti, è stato assegnato il compito di pilotare tali velivoli a seguito del via libera da parte dell'ENAC. È stato previsto che, con cadenza quotidiana e fino al termine dell'emergenza, tali strumenti avrebbero dovuto sorvolare quartieri cittadini e zone “difficili da raggiungere”. Veniva precisato, inoltre, che le riprese aeree sarebbero state effettuate inizialmente ad una quota tale da rendere impossibile il riconoscimento facciale, e solo in un secondo momento, laddove si fosse configurata una violazione ai decreti in vigore, la possibilità di abbassare la quota così da poter procedere ad una eventuale identificazione. Il drone – dotato di altoparlante, termocamera e camera – avrebbe inoltre potuto registrare eventuali richieste di soccorso.

<sup>5</sup> Art. 14, DL 9 marzo 2020, n. 14 “Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19”, in Gazzetta Ufficiale del 9 marzo 2020, n. 62 con cui, di fatto, si è consentito al sistema di prevenzione e contenimento del contagio di derogare alla disciplina della protezione dei dati personali dei cittadini sino al termine dello stato di emergenza. Si tenga conto che il Governo ha concesso alle Regioni la facoltà di adottare esercitare poteri straordinari in materia di privacy per far fronte all'emergenza Covid-19.

<sup>6</sup> Edizione 3 dell'11/11/2019. L'art. 34 di tale Regolamento rinvia genericamente al rispetto di quanto previsto nel Codice privacy, nonché delle misure e degli accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti dal Garante per la protezione dei dati personali.

in *Visual Line of Sight*<sup>7</sup> anche su aree urbane «dove vi è scarsa popolazione esposta al rischio di impatto» senza dover preventivamente avvalersi di specifica autorizzazione dell'Ente, anche qualora le operazioni da compiersi non rispondano agli scenari standard pubblicati<sup>8</sup>. Per lo stesso motivo, è stata disposta la deroga anche con riferimento alle previsioni relative all'obbligo di registrazione e di identificazione dei droni, oltre alla concessione della possibilità di volare nelle no fly zone aeroportuali ad un massimo di 15 metri di altezza dal suolo.

In tale contesto, si è posta la necessità di delineare il perimetro nell'ambito del quale le Polizie Locali potessero essere chiamate a concorrere alle attività finalizzate a garantire l'esecuzione e l'osservanza delle limitazioni della libertà di circolazione e di iniziativa economica, al fine di prevenire e di contrastare la propagazione del virus.<sup>9</sup>

Il Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno<sup>10</sup>, dopo aver sospeso il ricorso a tali velivoli radiocomandati, ha stabilito che i Corpi di polizia locale possono impiegare i droni nell'espletamento dei compiti di sorveglianza loro attribuiti nel contesto emergenziale, solo previo coinvolgimento dei Prefetti e nel rispetto delle indicazioni da questi fornite. Viene evidenziato, inoltre, come il concorso prestato dalle Polizie Locali in occasione dell'emergenza Covid19 «sia preordinato ad assicurare la salvaguardia del bene giuridico della “salute pubblica”, nella sua dimensione collettiva», trovando il proprio riconoscimento e fondamento nell'art. 32 della Costituzione.

Stante il riconoscimento della possibilità di far ricorso a tali strumenti - al fine di attuare un monitoraggio della popolazione e dei relativi spostamenti, di tracciare i contatti e di accertare eventuali violazioni alle disposizioni dettate dai decreti emergenziali – si è posto un ulteriore problema, di ben più complessa risoluzione: come operare il necessario bilanciamento tra diritti di pari dignità costituzionale coinvolti? L'impiego di tali strumenti impone, infatti, la necessità di operare un temperamento tra, da un lato, il diritto alla salute – in una dimensione non solo individuale, quanto e soprattutto pubblica; dall'altro, il diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti e incisi da siffatte forme di controllo generalizzato.

A tale nota ha fatto seguito una ulteriore nota di aggiornamento resa dall'Ente Nazionale dell'Aviazione Civile<sup>11</sup>, mediante la quale è stato preso atto delle indicazioni rese dal Ministero dell'Interno con particolare riferimento ai poteri dei Comuni. È stato previsto che i comuni sono tenuti, preventivamente

---

<sup>7</sup> E cioè entro una distanza orizzontale e verticale tale da consentire il contatto visivo continuativo con il dispositivo.

<sup>8</sup> In particolare, in deroga all'art. 10, par. 8, del Regolamento citato è, in ogni caso, consentito il sorvolo di assembramenti di persone o delle aree in cui si verificano concentrazioni inusuali e non autorizzate di persone.

<sup>9</sup> Si noti comunque come la nota Enac parli di “disponibilità” e non di “proprietà” dei droni da parte della polizia locale. L'utilizzo di servizi forniti da terzi impone la formalizzazione di un accordo sulla protezione dei dati ai sensi dell'articolo 28 del GDPR, così come previsto anche dall'articolo 7, comma 3 del Regolamento Enac.

<sup>10</sup> Nota prot. 555/O.P./0001054/2020/2 del 30/03/2020, recante “Prevenzione della diffusione del virus “Covid-19” – indirizzi tecnici dell'ENAC e dell'ENAV concernenti l'utilizzo di sistemi aeromobili a pilotaggio remoto (SAPR) da parte del personale dei Corpi e Servizi di polizia locale”.

<sup>11</sup> Nota ENAC – prot. 31/03/2020 – 0034875, indirizzata a: Ministero dell'Interno, Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, Dipartimento della Protezione Civile, Stato Maggiore dell'Aeronautica, Ministero della Giustizia – Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, ENAV S.p.A., Associazione Nazionale dei Comuni Italiani, Comandi Polizie locali.

all'utilizzo dei SAPR<sup>12</sup> da parte delle polizie locali, a informare e a coordinarsi con i Prefetti delle città di riferimento, indicando le aree urbane dove si intendono concentrare prevalentemente i controlli con l'utilizzo dei droni.

La nota, fornendo indicazioni di carattere tecnico – per quanto qui di interesse – evidenzia che per gli aeromobili a pilotaggio remoto con massa operativa inferiore a 25 kg, a prescindere dalle operazioni effettuate, è necessario procedere alla registrazione dell'operatore nel portale *d-flight*, alla identificazione del mezzo tramite apposizione del QR code e al rispetto delle regole di circolazione e utilizzo dello spazio aereo.<sup>13</sup> Le operazioni di volo in ambiente urbano sono classificate come “operazioni critiche”<sup>14</sup> e risultano assoggettate ai stringenti requisiti alternativi quali una autorizzazione richiesta dall'operatore ed emessa dall'ENAC<sup>15</sup>, una dichiarazione dell'operazione in caso di volo in “scenari standard”<sup>16</sup>, ovvero l'utilizzo di mezzi di peso minore o uguale a 2 kg con caratteristiche di inoffensività accertata dall'ENAC<sup>17</sup>, di peso minore o uguale a 300 g con parti rotanti protette da impatto accidentale e con velocità massima minore o uguale a 60 km/h.<sup>18</sup>

Circa gli aeromobili a pilotaggio remoto delle Polizie locali, non essendo questi classificabili come “aeromobili di Stato”<sup>19</sup> e risultando, dunque, assoggettati al Regolamento ENAC e alla Circolare ATM 09, l'ENAC ha deciso di derogare l'applicazione delle disposizioni sopra elencate nel caso di operazioni condotte dalle amministrazioni di Polizia locale con propri mezzi e piloti. Per tali operazioni, infatti, l'Amministrazione locale assume gli obblighi e le responsabilità dell'operatore privato di cui all'art. 11 del Regolamento citato. In aggiunta, è stato previsto che – in assenza di droni nella diretta disponibilità delle Polizie locali – queste possano avvalersi di mezzi e piloti appartenenti all'organizzazione di operatori terzi, purché già registrati e noti all'ENAC, al fine di affiancare l'amministrazione di Polizia locale, e operando sotto le indicazioni e la responsabilità di quest'ultima.

---

<sup>12</sup> Acronimo di “sistemi aeromobili a pilotaggio remoto”, e cioè un sistema costituito da un mezzo aereo (aeromobile a pilotaggio remoto, c.d. “APR”) senza persone a bordo, utilizzato per fini diversi da quelli ricreativi e sportivi, e dai relativi componenti necessari per il controllo e comando (stazione di controllo) da parte di un pilota remoto. La nota precisa che «[...] secondo le previsioni contenute nell'articolo 743 del Codice della Navigazione, i mezzi aerei a pilotaggio remoto sono degli aeromobili e, al fine di dare attuazione alle previsioni codicistiche, l'ENAC, con il Regolamento “Mezzi aerei a Pilotaggio Remoto” e con la Circolare ATM 09, ha definito le disposizioni per il loro utilizzo nello spazio aereo nazionale».

<sup>13</sup> Rispettivamente: art. 8, comma 1 e art. 24 del Regolamento citato.

<sup>14</sup> Cfr. art. 10 del Regolamento citato. In particolare, al comma 3, si precisa che «Le operazioni critiche possono essere condotte ove sia assicurato un livello di sicurezza coerente con l'esposizione al rischio». Il livello di sicurezza di tali operazioni è determinato dall'insieme dei contributi forniti dal SAPR, dal pilota, dalle procedure operative e di gestione delle attività di volo, dalle condizioni ambientali e dagli altri elementi essenziali per determinare un impiego sicuro di tali mezzi, inclusa la corretta attuazione del programma di manutenzione.

<sup>15</sup> Art. 11, comma 6, Reg. cit.

<sup>16</sup> Artt. 11, comma 1, e art. 10, comma 2, Reg. cit.

<sup>17</sup> Art. 12, comma 1, Reg. cit.

<sup>18</sup> Art. 12, comma 5, Reg. cit.

<sup>19</sup> Ai sensi del Codice della navigazione sono tali «[...] gli aeromobili militari e quelli, di proprietà dello Stato, impiegati in servizi istituzionali delle Forze di polizia dello Stato, della Dogana, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, del Dipartimento della protezione civile o in altro servizio di Stato». Al contrario, tutti gli altri aeromobili sono da considerarsi privati. Tuttavia, il quarto comma precisa che «sono equiparati agli aeromobili di Stato gli aeromobili utilizzati da soggetti pubblici o privati, anche occasionalmente, per attività dirette alla tutela della sicurezza nazionale».

Da ultimo, la nota ribadisce la deroga espressa alle disposizioni in materia di circolazione e di utilizzo dello spazio aereo, evidenziando che è consentito alle Forze di Polizia, della Dogana, dei Vigili del Fuoco e del Dipartimento della Protezione civile, nonché alla Forze di Polizia locale, operare anche in prossimità degli aeroporti e fino ad una altezza massima di 15 metri, pur di far fronte alla grave situazione attuale.

## **2. Contesto normativo di riferimento e dichiarazioni del European Data Protection Board: come garantire che l'enforcement pubblico sia privacy compliant?**

Il graduale inserimento dei droni nello spazio aereo civile è stato realizzato a partire dalla Comunicazione COM (2014) 207 della Commissione europea.<sup>20</sup> Ha fatto seguito una serie di interventi volti ad adeguare il quadro regolamentare di riferimento, al fine di garantire un appropriato temperamento tra la possibilità di impiegare i droni – tanto più se dotati sensori audio/video, sia da parte di soggetti privati che da parte di soggetti pubblici – e la necessità di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali nel contesto europeo, senza comportare l'introduzione di forme “atipiche” di sorveglianza.

La sfida più grande affrontata dal legislatore – europeo e dei singoli Stati membri – è stata dunque quella di assicurare il bilanciamento tra il libero impiego dei droni e il rispetto della disciplina sulla privacy, tanto in una dimensione di utilizzo privato, quanto e soprattutto con riferimento al potenziale uso che degli stessi può essere fatto da parte dell'apparato pubblicistico con finalità di monitoraggio generalizzato.

In particolare, la legittimità dell'impiego di tali strumenti veniva subordinata al rispetto delle disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati, e soprattutto di quanto stabilito dalle misure nazionali istituite a norma della Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati e della Decisione Quadro 2008/977.<sup>21</sup> Specificava, inoltre, che qualsiasi trattamento dei dati avrebbe dovuto trovare la proprio base in un motivo legittimo, tenuto conto che il diritto alla riservatezza si estende non solo agli spazi privati ma anche a quelli pubblici.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Bruxelles, 08/04/2014, COM (2014) 207, recante “Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio – Una nuova era per il trasporto aereo – Aprire il mercato del trasporto aereo all'uso civile dei sistemi aerei a pilotaggio remoto in modo sicuro e sostenibile”. Al paragrafo 3.4. (“Tutelare i diritti fondamentali dei cittadini”) veniva ribadito che le operazioni dei sistemi RPAS non devono portare alla violazione di diritti fondamentali – quali il diritto alla vita privata e familiare e la tutela dei dati personali. Riconosceva, altresì, che nella vasta gamma delle potenziali applicazioni civili dei sistemi RPAS alcune possono comportare la raccolta di dati personali e sollevare questioni riguardanti l'etica, la tutela della vita privata o la protezione dei dati, in particolare in settori quali sorveglianza, monitoraggio, mappatura e registrazione video.

<sup>21</sup> Rispettivamente: Direttiva 95/46/CE relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati; GU L 281, del 23 novembre 1995, pp. 31-50. Ora abrogata dal Reg. UE/2016/679, cd. *GDPR* e Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale.

<sup>22</sup> Corte eu. Dir. uomo, 7 febbraio 2012, Sentenza Von Hannover v. Germania, che ha evidenziato come «[...] il concetto di vita privata si estende agli aspetti relativi all'identità personale, come il nome, la foto o l'integrità fisica e morale di una persona; la garanzia offerta dall'articolo 8 della Convenzione mira principalmente a garantire lo sviluppo, senza interferenze esterne, della personalità di ciascun individuo nelle sue relazioni con altri esseri umani. Esiste quindi una zona di interazione di una persona con gli altri, anche in un contesto pubblico, che può rientrare nell'ambito della vita privata».

A completamento di ciò, doveva necessariamente tenersi conto di quanto previsto – a tutela della vita privata e dei dati di carattere personale – dalla CEDU<sup>23</sup> e dalla Carta dei Diritti dell’Unione Europea.<sup>24</sup> L’anno successivo, viene redatta l’Opinion n. 1/2015 dal Working Party 29<sup>25</sup> nella quale si ribadiva che eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti e tutelati dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione Europea, devono necessariamente trovare il proprio fondamento in una previsione legislativa (testualmente, “in accordance with law”) e che potevano dirsi ammissibili nella misura in cui ciò fosse necessario per il soddisfacimento dell’interesse generale come garantito dall’Unione Europea, ovvero per il perseguimento di una o più delle finalità legittime previste all’art. 8, comma 2, della CEDU. La stessa Opinion, con riferimento all’impiego dei droni, chiariva che il loro utilizzo non presenta di per sé rilevanti problematiche: le questioni sorgono, d’altra parte, quando si rivolge l’attenzione agli effetti invasivi che possono derivare dai dispositivi installati sui droni stessi e in grado di catturare immagini. Il Regolamento (UE) 2018/1139 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2018, ha successivamente istituito l’Agenzia dell’Unione europea per la sicurezza aerea al fine di dettare regole comuni a livello europeo nel settore dell’aviazione civile. Si è così provveduto a sostituire il previgente quadro legislativo risalente al 2008 (c.d. “Basic Regulation”) e a ricondurre nel perimetro delle competenze UE anche la regolamentazione degli aeromobili senza equipaggio con un peso inferiore a 150 kg, prima riservata ai singoli Stati membri. Da ultimo, la cornice normativa di cui sopra è stata completata dal Regolamento UE 945/2019 – che stabilisce i requisiti di conformità in fase di progettazione e fabbricazione, in vigore dal primo luglio 2019 – e dal Regolamento UE 947/2019 – che detta disposizioni per l’utilizzo dei droni, in vigore dal primo luglio 2019, con efficacia a decorrere dal primo luglio 2020 – termine rinviato di sei mesi proprio a causa dell’emergenza Covid-19.

---

<sup>23</sup> Art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e del cittadino, che sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, nonché del proprio domicilio e della corrispondenza. Al comma 2 è specificato che non può esservi ingerenza da parte di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto, salvo che «tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>24</sup> Artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, rispettivamente a tutela del diritto al rispetto della propria vita e familiare, del domicilio e delle comunicazioni e a protezione dei dati di carattere personale. Tali articoli specificano che i dati di carattere personale devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Il comma 1 dell’art. 52 stabilisce che eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta «devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

<sup>25</sup> Opinion 01/2015 on Privacy and Data Protection Issues relating to the Utilization of Drones, adottata il 16 giugno 2015 dal Article 29 Data Protection working party. Si segnalava, in particolare, la possibilità di ricorrere all’impiego dei droni quali strumenti utilizzabili in chiave di law enforcement da parte di autorità pubbliche e il conseguente rischio elevato per la libertà degli individui, tenuto conto della interferenza diretta «[...] with the rights to respect for private life and to the protection of personal data protected under Article 8 of the European Convention of Human Rights (“ECHR”) and Article 7 and 8 of the Europea Charter of Fundamental Rights (“Charter”)».

A conferma della strettissima correlazione che intercorre tra utilizzo dei droni e tutela delle istanze connesse al tema della privacy, il Regolamento 2018/1139 contiene un espresso riferimento alla necessità che le norme riguardanti gli aeromobili senza equipaggio contribuiscano al rispetto di quanto previsto dal Regolamento UE 2016/679 in materia di protezione dei dati personali.<sup>26</sup>

L'art. 72, relativo a “Raccolta, scambio e analisi di informazioni”, specifica che la Commissione, l'Agenzia e le autorità nazionali competenti, nonché le persone fisiche e giuridiche possono adottare, conformemente al diritto nazionale e a quello dell'Unione, le misure necessarie per garantire l'opportuna riservatezza delle informazioni da essi ricevute e che in alcun modo risultano pregiudicati eventuali obblighi più rigorosi di riservatezza previsti dai regolamenti (UE) n. 996/2010 e (UE) n. 376/2014, oppure da altra legislazione dell'Unione.

Alla tutela della riservatezza dei dati personali si fa altresì riferimento nell'Allegato IX del Regolamento, laddove è individuato quale requisito essenziale degli aeromobili senza equipaggio quello di «[...] possedere le relative caratteristiche e funzionalità specifiche che tengono conto dei principi della tutela della riservatezza e della protezione dei dati personali fin dalla progettazione e per impostazione predefinita».<sup>27</sup>

Ai sensi del GDPR, dunque, tutti gli strumenti e le attività che comportano la raccolta e il trattamento dei dati personali – salvo specifiche eccezioni – devono rispettare le disposizioni ivi contenute.

L'art. 5, comma 1, del Regolamento citato, nell'elencare i principi relativi al trattamento dei dati personali, alla lett. c), prevede la c.d. “minimizzazione dei dati”, e cioè che gli stessi siano “adeguati, pertinenti e limitati” a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati.<sup>28</sup> Ciò, evidentemente, non sembra di per sé escludere la possibilità per lo Stato di continuare ad impiegare mezzi tecnologici – quali i droni – che consentano di catturare e registrare immagini.

---

<sup>26</sup> Si veda il Considerando 28, secondo cui le norme riguardanti gli aeromobili senza equipaggio dovrebbero contribuire al rispetto dei diritti garantiti dal diritto dell'Unione: in particolare, al rispetto della riservatezza e della vita familiare, così come sancito dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e alla protezione dei dati di carattere personale, sancita dall'articolo 8 della Carta e dall'articolo 16 TFUE, e disciplinato dal regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio. Il Considerando 33 prevede che dovrebbe essere possibile vietare, limitare o subordinare a determinate condizioni le attività di cui al capo III del Regolamento, se necessario nell'interesse della sicurezza dell'aviazione civile. Tale possibilità dovrebbe essere esercitata in conformità degli atti delegati e di esecuzione adottati dalla Commissione a tal fine. Gli Stati membri hanno la possibilità di adottare misure, conformemente al diritto dell'Unione, che non rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento, per motivi quali la pubblica sicurezza e la protezione del diritto alla riservatezza e la protezione dei dati di carattere personale.

<sup>27</sup> L'Allegato IX – “Requisiti essenziali degli aeromobili senza equipaggio – 1. Requisiti essenziali per la progettazione, la produzione, la manutenzione e l'esercizio di aeromobili senza equipaggio” prevede che se necessario al fine di attenuare i rischi inerenti alla sicurezza, alla tutela della riservatezza, alla protezione dei dati personali, alla sicurezza o all'ambiente derivanti dal loro esercizio, «gli aeromobili senza equipaggio devono possedere le relative caratteristiche e funzionalità specifiche che tengono conto dei principi della tutela della riservatezza e della protezione dei dati personali fin dalla progettazione e per impostazione predefinita». In base alle necessità, infatti, tali caratteristiche e funzionalità devono garantire una facile identificazione dell'aeromobile, come pure della natura e della finalità del suo impiego; esse devono inoltre garantire che siano rispettati le limitazioni, i divieti o le condizioni applicabili, in particolare per quanto riguarda l'esercizio in particolari zone geografiche, al di là di una certa distanza dagli operatori o a determinate altitudini.

<sup>28</sup> Il rispetto del principio di minimizzazione implica che nel trattare i dati raccolti si favorisca, tra quelle astrattamente disponibili per il raggiungimento dello scopo immediato, la modalità con minore impatto sui diritti degli individui.

Allo stesso tempo però, l'art. 6, comma 1, lett. e) stabilisce che il trattamento di dati personali possa considerarsi lecito solo se e nella misura in cui, tra le altre, ricorra la circostanza che lo stesso sia necessario «[...] per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento».<sup>29</sup> Quest'ultimo, tuttavia, deve trovare la propria base giuridica nel diritto dell'Unione, ovvero nel diritto di uno Stato membro a cui è soggetto il titolare del trattamento, dovendosi al contrario ammettere il trattamento dei dati personali a seguito del rilascio del consenso informato, in ragione dell'esecuzione di un contratto, per la salvaguardia di interessi vitali dell'interessato o di altra persona fisica, per il perseguimento del prevalente legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi che risulti prevalente rispetto all'interesse dei soggetti interessati a non essere ripresi.

La compatibilità delle misure adottate con le previsioni di cui all'art. 34 del Regolamento sulla Protezione dei dati personali – relativo alle comunicazioni di violazioni dei dati personali all'interessato – è stata confermata, da ultimo, dalla Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di Covid-19, adottata il 19 marzo 2020 dal European Data Protection Board.

Viene precisato che le norme in materia di protezione dei dati non ostacolano l'adozione di misure per il contrasto della pandemia da Coronavirus, ciò nonostante, anche in questi momenti eccezionali, i titolari e i responsabili del trattamento dei dati devono garantire la protezione dei dati personali dei soggetti interessati: l'emergenza è una condizione giuridica che può legittimare limitazioni delle libertà, a condizione che tali limitazioni siano proporzionate e confinate esclusivamente al periodo di emergenza.

Nella dichiarazione resa dal European Data Protection Board si evidenzia l'interesse condiviso da tutti i Paesi flagellati dal virus ad arginarne la diffusione, anche mediante il ricorso a tecniche e strumenti moderni. I dati personali che tali strumenti sono in grado di raccogliere devono comunque essere quelli strettamente necessari per conseguire gli obiettivi prefissati e possono essere trattati solo per finalità predeterminate ed esplicite. A ciò deve aggiungersi che gli interessati dovrebbero ricevere informazioni trasparenti circa le attività di trattamento dei dati da svolgere, sulle loro caratteristiche principali, sul periodo di conservazione dei dati e sulle finalità del trattamento.

Ne consegue che, nel caso di specie, i dati raccolti non potranno essere impiegati per finalità diverse da quelle del monitoraggio, né tantomeno conservati per un tempo superiore allo strettamente necessario.

La misura descritta, riconducibile alla categoria relativa al “trattamento dei dati relativi all'ubicazione di soggetti” deve, dunque, rispondere a principi di necessità, adeguatezza e proporzionalità, rappresentando

---

<sup>29</sup> Si precisa che per “trattamento” dei dati deve intendersi qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione. Per “titolare del trattamento”, invece, la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri.



una forma di controllo meno invasiva, rispetto – ad esempio – a quelle che prevedono il tracciamento dei dati attraverso i sistemi di localizzazione dei telefoni cellulare.<sup>30</sup>

Si segnala che, con riferimento alla disciplina nazionale, ai sensi dell'art. 126 del Codice della privacy<sup>31</sup> i dati relativi all'ubicazione geografica dei cittadini – diversi dai dati relativi al traffico – e riferiti agli utenti o agli abbonati di reti pubbliche di comunicazione o di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, possono essere trattati solo se anonimi o se l'utente o l'abbonato abbiano preventivamente prestato il proprio consenso, revocabile in ogni momento, nella misura e per la durata necessari per la fornitura del servizio a valore aggiunto richiesto. In questo ultimo caso, a svolgere le attività di tracciamento devono essere solo soggetti pubblici per le finalità di tutela della salute e sicurezza sociale.<sup>32</sup> L'art. 23 del GDPR consente agli Stati membri di limitare con norme di diritto interno, per finalità e categorie di dati specifici, la portata degli obblighi e dei diritti che costituiscono il *core* del diritto alla privacy, al fine di salvaguardare interessi superiori tra cui la sicurezza pubblica o un rilevante interesse economico o finanziario dell'Unione o di uno Stato membro, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria, di sanità pubblica e sicurezza sociale.

Si comprende allora come il provvedimento ENAC, di cui sopra, giunga ad ammettere la raccolta di immagini e dati relativi alla localizzazione di cittadini sul territorio nazionale, purché l'uso dei droni sia limitato al solo periodo di emergenza da Covid-19 e al fine esclusivo di impedire la diffusione del virus. Ne consegue che tali dati non potranno essere impiegati per finalità differenti e ulteriori rispetto al monitoraggio, né tantomeno potranno essere conservati per un tempo superiore a quello necessario, rispondendo la loro conservazione esclusivamente alla necessità di irrogare la sanzione prevista in caso di inottemperanza alle misure di contenimento del contagio.

---

<sup>30</sup> In particolare, con riferimento a tali ulteriori e più invasive forme di controllo, l'attuale Presidente del Garante per la protezione dei dati personali ha evidenziato che in una situazione di emergenza sanitaria, economica e finanziaria come quella in corso è ammissibile qualche limitazione alle libertà personali, ma che mai tali circostanze possono costituire “scorciatoie pericolose” che consentano l'adozione di misure vicine al modello del sistema cinese, con la sua sorveglianza totale, o di quello della Corea del Sud. Al riguardo si veda l'intervista del 19 marzo 2020 reperibile sul sito del Garante per la protezione dei dati personali, sezione “Stampa e comunicazioni” – “Interviste e interventi”.

<sup>31</sup> Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, integrato con le modifiche introdotto dal D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, art. 126, “Dati relativi all'ubicazione”.

<sup>32</sup> Nel sistema delineato dal GDPR il consenso dell'interessato è una delle possibili condizioni di liceità del trattamento di dati personali. Tuttavia, quando viene in rilievo il trattamento di dati personali biometrici, dati relativi alla salute e dati relativi all'ubicazione – limitatamente, però, a quelli a disposizione dei fornitori di reti e servizi di telecomunicazione – la regola è quella del previo consenso dell'interessato (cfr. art. 9 GDPR e art. 126 D. Lgs. 196/2003, c.d. Codice della privacy). Per quanto riguarda i dati di ubicazione diversi da quelli delle telecomunicazioni – quali quelli desumibili, ad esempio, dai GPS del cellulare – vale dunque la regola generale di cui all'art. 6 GDPR.

### **3. Prospettiva comparata: brevi cenni sulla pronuncia del Conseil d'État sulla inammissibilità della sorveglianza del rispetto delle norme Covid-19 per mezzo dei droni.**

Medesime questioni si sono poste in Francia, dove il Conseil d'État è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della sorveglianza a mezzo di droni per verificare e monitorare il rispetto delle norme sanitarie di contrasto alla diffusione del Covid-19.

Con *ordonnances* n. 440442 – 440445, del 18 maggio 2020 il Giudice adito ha ordinato di cessare immediatamente e senza indugio l'esecuzione delle misure di sorveglianza mediante droni, per controllare il rispetto delle norme sanitarie in vigore, applicabili durante il periodo di *déconfinement*. Ciò fino alla data dell'adozione di un testo regolamentare che avesse autorizzato il trattamento dei dati personali, nel rispetto delle disposizioni della legge del 6 gennaio 1978 e previo parere della Commissione nazionale sull'informatica e sulle libertà.

L'Associazione "La Quadrature du Net" e la "Ligue des droits de l'homme" avevano chiesto, infatti, al giudice dei *référé*<sup>33</sup> del Tribunale Amministrativo di Parigi di sospendere l'esecuzione della decisione del Prefetto di Polizia che aveva istituito, a far data dal 18 marzo 2020, un dispositivo finalizzato alla cattura di immagini da parte di droni, alla loro conservazione e al loro sfruttamento al fine di far rispettare le misure di confinamento. Chiedevano inoltre, l'immediata ingiunzione affinché tutte le immagini già catturate e raccolte fossero distrutte, sotto la pena della corresponsione di 1.024 euro per ogni giorno di ritardo. Con *ordonnance* del 5 maggio 2020, il giudice aveva respinto la richiesta avanzata, ritenendo non sussistente alcuna violazione manifestamente illegittima delle libertà fondamentali invocate: i dati per mezzo della telecamera dei droni non sarebbero stati utilizzati per l'identificazione dei soggetti, ma solo per consentire alle autorità di avere informazioni generali circa il numero delle persone riunite per strada o in altri spazi pubblici, così da pianificare eventuali interventi ove le misure di distanziamento non risultassero rispettate. Veniva così respinta la tesi dei ricorrenti secondo cui l'uso dei droni per tali finalità costituisce una ingerenza grave e illegittima nella vita privata degli individui, con un illecito trattamento e mancata protezione dei dati personali.

A fronte di tale pronuncia, i ricorrenti hanno adito il Consiglio di Stato per chiederne l'annullamento. Con una articolata pronuncia il Giudice Amministrativo ha, innanzitutto, ritenuto sussistere la condizione d'urgenza alla base della proposizione del ricorso per mezzo dello strumento del *référé*, in ragione dell'uso ripetuto – da due a tre ore al giorno – dei droni da parte della Prefettura di Parigi, dell'elevato numero di

---

<sup>33</sup> Tale procedura è prevista dall'ordinamento francese all'art. L. 512-2 del Codice di giustizia amministrativa a cui può essere fatto ricorso in caso di grave violazione delle libertà fondamentali. Il giudice del *référé* può ordinare tutte le misure che ritenga necessarie a salvaguardare la libertà fondamentale che abbia subito una violazione grave e manifestamente illecita da parte di una persona giuridica di diritto pubblico o da un ente di diritto privato incaricato della gestione di un servizio pubblico, nell'esercizio dei suoi poteri. Trattasi di una procedura d'urgenza, in ragione della quale il giudice adito è tenuto a pronunciarsi entro 48 ore.

persone suscettibili di essere sottoposte a tale sorveglianza e dei correlati effetti, con conseguente rischio di instaurazione di numerosi contenziosi.

Nel merito, la Prefettura della Polizia di Parigi aveva sostenuto che i droni non erano utilizzati per identificare le persone, ma solo per rilevare eventuali assembramenti a Parigi in contrasto con le misure sanitarie in vigore e poter così disperdere il raduno, evacuare i locali e informare in tempo reale la prefettura. Nello specifico, i droni erano autorizzati a sorvolare la città ad un'altezza compresa tra gli 80 e i 100 metri, utilizzando un grandangolo e privi della capacità di catturare immagini in assenza di una scheda di memoria. Il Conseil d'Etat, condividendo la prima parte di tali argomentazioni, ha evidenziato come l'uso dei droni abbia l'obiettivo di far cessare e/o prevenire la violazione dell'ordine pubblico come conseguenza della violazione delle regole di sicurezza sanitaria. Ha sottolineato, inoltre, che l'uso dei droni, come definito dalla nota ministeriale del 14 maggio 2020, non è di natura tale da violare ex se in maniera grave e manifestamente illegittima le libertà fondamentali degli individui.

Tuttavia, il Giudice ha attribuito rilievo alle circostanze per cui i droni utilizzati sono dotati di uno zoom ottico e che, pur volando ad un'altezza compresa tra gli 80 e i 100 metri, sono in grado di scattare immagini precise che consentono l'identificazione di persone. Valorizzando tale dato fattuale essi risultano, quindi, capaci di raccogliere dati identificativi e di rendere perfettamente identificabili le persone a cui si riferiscono, in quanto non dotati di alcun dispositivo tecnico che impedisca l'utilizzo delle informazioni raccolte per scopi diversi da quelli attualmente perseguiti.

La suddetta possibilità di identificazione è stato il criterio sulla base del quale il Giudice ha qualificato i dati raccolti da tali strumenti come "dati personali", il cui trattamento deve conseguentemente essere autorizzato e controllato. L'eventualità stessa che una persona possa essere identificata determina la presenza di dati qualificabili come personali anche se la polizia non ha utilizzato la telecamera a fini di identificazione. Più semplicemente: la pura cattura di immagini da parte di una telecamera di bordo con zoom ottico costituisce un trattamento di dati personali, indipendentemente dal fatto che il responsabile del trattamento li abbia o meno utilizzati a fini di identificazione.

In ragione di ciò, tali dati sono stati considerati suscettibili di essere ricondotti entro il perimetro di applicabilità della direttiva del 27 aprile 2016 in materia di "protezione delle persone fisiche nei confronti del trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti con fini di prevenzione e di repressione dei reati".<sup>34</sup> In considerazione dei rischi connessi ad un uso contrario alle disposizioni in

---

<sup>34</sup> In questa situazione, l'articolo 31 della legge francese sulla protezione dei dati, che ha recepito la direttiva UE 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, (relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio), prevede che il trattamento dei dati personali debba essere autorizzato da un decreto ministeriale previa consultazione della CNIL, l'Autorità francese per la protezione dei dati. L'autorizzazione preventiva fornisce anche una certa trasparenza, che consente un dibattito pubblico. La mancanza del suddetto requisito costituisce una indebita ingerenza nella vita privata degli individui, tale da giustificare l'ordine provvisorio di bloccare immediatamente l'uso dei droni da parte della Polizia di Parigi. I pareri della CNIL sono resi pubblici. Si segnala che dal 25 maggio 2018 la CNIL ha predisposto un archivio aperto su questi trattamenti autorizzati, come previsto dall'art. 23. 36 della legge francese sui dati.

materia di protezione dei dati personali, il Conseil d'Etat ha stabilito che l'attuazione di un loro trattamento senza la presenza di un testo regolamentare ad hoc, che ne autorizzi la creazione e ne definisca le modalità di utilizzo, costituisce una violazione grave e manifestamente illegittima del diritto al rispetto della vita privata. Le misure che possono limitare l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali devono essere necessarie, appropriate e proporzionate all'obiettivo di tutela della salute pubblica che perseguono, cosa che, secondo il Conseil d'Etat, non è avvenuta nel caso di specie.

Il Conseil d'Etat, in conclusione, non rifiuta l'uso dei droni di sorveglianza in quanto tale che, anzi, ritiene necessario per la sicurezza pubblica nelle circostanze attuali e quindi astrattamente legittimo, ma ne ha censurato l'uso improprio, illegale e arbitrario, in quanto non sufficientemente regolamentato. A tal fine, due sono gli strumenti presi in considerazione per porvi rimedio.

In primo luogo, è ordinato all'autorità prefettizia di Parigi di far cessare le misure di sorveglianza mediante droni fino alla data dell'adozione di un testo regolamentare che autorizzi tale trattamento dei dati personali nel rispetto delle disposizioni della legge del 6 gennaio 1978, c.d. Loi informatique et libertés, e previo parere della Commissione nazionale sull'informatica e sulle libertà.

In secondo luogo, e in alternativa, si prevede una soluzione di carattere più marcatamente tecnico: la sorveglianza per mezzo di droni dovrà cessare finché non verranno impiegati dispositivi tecnici tali da rendere impossibile, qualunque ne sia l'uso, l'identificazione delle persone filmate.

#### **4. Brevi riflessioni conclusive**

È indubbio che la necessità di ridurre i contatti sociali al fine di spezzare la catena dei contagi da Covid-19 abbia favorito il ricorso a strumenti versatili ed efficaci, le cui potenzialità hanno spesso subito limitazioni a causa di una non completamente sviluppata regolamentazione. L'indiscutibile utilità dei droni nell'attuale crisi sanitaria potrebbe, infatti, favorire un loro impiego sempre più diffuso e una loro emancipazione dall'impiego circoscritto ad una sfera prettamente privata: si pensi, in via esemplificativa, al loro impiego per consegnare materiale e forniture mediche, per raccogliere campioni di laboratorio e per organizzare le correlate spedizioni, per fare annunci di pubblico rilievo, per consegnare generi di prima necessità o per assicurare la disinfezione di spazi pubblici<sup>35</sup>.

Alla luce di quanto ricostruito sinora, sembra potersi affermare che misure di sorveglianza come quelle realizzate con l'impiego dei droni, possano dirsi ammissibili in un contesto emergenziale purché le

---

<sup>35</sup> Si pensi al caso cinese, dove i droni sono stati impiegati a supporto della lotta alla diffusione del virus già da febbraio 2020, quando hanno trasportato campioni di test e forniture mediche da un ospedale nella provincia di Zhejiang a un vicino centro di controllo delle malattie. O ancora, il caso irlandese, quando a partire da aprile 2020, l'Autorità di Aviazione ha consentito la consegna di beni essenziali a famiglie confinate presso la città di Moneygall. Per altri esempi di impiego dei droni durante la pandemia si veda: Covid-19 Transport brief – Drones in the Era of Coronavirus, in International Transport Forum, reperibile al seguente link: [www.itf-oecd.org](http://www.itf-oecd.org).

disposizioni abbiano, innanzitutto, una portata limitata nel tempo e strettamente connessa al perdurare dell'emergenza.

Vari ordinamenti di natura democratica hanno giustificato il ricorso a tali strumenti invocando la necessità di tutelare il bene preminente della salute dei cittadini, non tanto in una prospettiva individuale, quanto più nella sua dimensione collettiva.<sup>36</sup> Ammettendo la validità di tali argomentazioni, l'utilizzo dei dati sulla mobilità dei soggetti contagiati per ricostruire la catena epidemiologica, dovrebbe essere riletto alla luce della natura solidaristica del fine perseguito. Lungi dal voler introdurre forme atipiche di sorveglianza a fini repressivi, tali strumenti risponderrebbero, quindi, all'esigenza di sottoporre ad accertamenti quanti siano potenzialmente entrati in contatto con l'interessato o comunque di adottare le misure utili a prevenire una ulteriore diffusione del contagio.

Non sfuggono ovviamente le implicazioni che una tale impostazione, per quanto astrattamente ammissibile, determina sui diritti e sulle libertà fondamentali dei soggetti coinvolti.

L'uso di tecnologie di sorveglianza di massa nell'ambito dell'esercizio di poteri emergenziali ha fatto sorgere dubbi circa la possibilità che i dati raccolti ed elaborati – si ribadisce, in un contesto e per finalità emergenziali – possano indebitamente sopravvivere all'emergenza stessa che ne ha reso legittimo l'impiego. Si pone, dunque, la necessità di interrogarsi sulle modalità a cui è concretamente possibile fare riferimento per conseguire le finalità sopra evidenziate, dovendosi sempre garantire il rispetto dei principi di proporzionalità, necessità e di adeguatezza.

Entro che limiti strumenti che, come i droni, consentono di realizzare una sorveglianza sistematica e generalizzata nei confronti della totalità della popolazione e misure volte a verificare il rispetto degli obblighi di permanenza domiciliare e distanziamento sociale potrebbero dirsi realmente conformi al canone di proporzionalità? Come assicurare un equilibrio tra costi e benefici dell'uso dei droni?

La sorveglianza da parte dello Stato è sempre stato un argomento controverso a livello globale e – oggi più che mai – il tema della sorveglianza per scopi sanitari globali è al centro dell'attenzione a causa della pandemia. Ogni Paese ha il proprio metodo. Il quadro e l'estensione del monitoraggio da parte dei Governi variano notevolmente a seconda della giurisdizione interessata: l'equilibrio tra la sorveglianza necessaria per sconfiggere questo virus e la protezione del nostro diritto fondamentale alla privacy sembra, tuttavia, difficile da raggiungere.

In tale ottica le autorità di regolamentazione e le organizzazioni di tutela della privacy hanno più e più volte esortato i Governi ad attuare regole che garantiscano che le politiche di sorveglianza e monitoraggio

---

<sup>36</sup> In una intervista rilasciata dal Presidente del Garante per la Protezione dei dati personali, quest'ultimo ha evidenziato come una delle maggiori sfide poste dalla pandemia sia proprio quella di «garantire che i diritti individuali siano limitati nella sola misura necessaria ad impedire il dilagare di un virus che è paritario nel contagio, ma cinicamente selettivo negli effetti». Le limitazioni di libertà cui si deve soggiacere sono, quindi, il prezzo da pagare, doverosamente, per tutelare soprattutto le fasce più vulnerabili della popolazione, ma devono essere limitazioni strettamente indispensabili, proporzionali all'efficacia attesa e soprattutto temporanee». Si veda: Privacy e democrazia ai tempi della pandemia – Intervista ad Antonello Soro, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali (Di Niccolò Serri, [www.fondazioneleonardo-cdm.com](http://www.fondazioneleonardo-cdm.com) - 24 marzo 2020).

sanitario siano rigorosamente prescritte dalla legge, proporzionate alle esigenze di salute pubblica, trasparenti, controllate da autorità di regolamentazione indipendenti, soggette a una costante riflessione etica, non discriminatorie e rispettose dei diritti fondamentali. Tali autorità sono chiaramente chiamate ad offrire soluzioni innovative e lungimiranti, in particolare quando si tratta di questioni importanti come la cancellazione e la conservazione dei dati personali, la reversibilità dei nuovi controlli governativi e l'esercizio dei connessi poteri di verifica e di indagine

Nonostante la portata delle sfide economiche e di salute pubblica poste dalla pandemia COVID-19, è fondamentale che i Governi e gli attori del settore privato, infatti, non si allontanino dai principi fondamentali della governance dei dati e della privacy.

Con riferimento ai droni, stante l'urgenza che la situazione attuale comporta, qualsiasi responsabile del trattamento dovrebbe assicurare la conformità del trattamento da porre in essere, al fine di garantire la sicurezza del trattamento dei dati personali. Oltre all'adozione di misure di sicurezza e di riservatezza adeguate, è necessario garantire che i rapporti con gli eventuali responsabili del trattamento (quali fra tutti, i fornitori di droni, delle tecnologie di sorveglianza e di tracciamento e qualsiasi fornitore di stoccaggio come un cloud o un server integrato) siano ben protetti contrattualmente al fine di formalizzare gli obblighi e le responsabilità di ciascuna parte, in conformità con le disposizioni dell'articolo 28 del GDPR.

Le seguenti considerazioni, basate sui principi elaborati dall'OCSE in materia di governance dei dati e di privacy, dovrebbero guidare tali pratiche di raccolta e condivisione dei dati, e i Governi sono chiamati a promuovere un uso sempre più pienamente responsabile dei dati personali.<sup>37</sup>

L'utilizzo dei dati, infatti, deve muoversi entro un quadro normativo che ne delimiti con certezza i confini e che assicuri che gli stessi siano impiegati esclusivamente per il monitoraggio degli spostamenti, e non per diverse (e incompatibili) finalità. In aggiunta, i cittadini dovrebbero essere informati di trovarsi in zone interessate da monitoraggio a mezzo drone, la risoluzione delle videocamere dovrebbe essere regolata in modo da limitarsi alla ripresa di quanto strettamente necessario e le riprese dovrebbero essere effettuate, per quanto possibile, evitando luoghi di privata dimora o aree non rilevanti, tenuto conto del fine dichiarato per cui il monitoraggio è effettuato.

Per quanto concerne la conservazione dei dati raccolti si pone l'esigenza ulteriore di stabilire anticipatamente la policy di conservazione delle registrazioni, dei flussi dei dati e dei metadati. Immagini e video vanno conservati per il tempo strettamente necessario ad adempiere alle finalità di monitoraggio. Da ultimo occorre evidenziare come questi adempimenti vadano, per quanto possibile, formalizzati in modo da rispettare anche il principio di accountability e vadano, poi, resi conoscibili per tutti i soggetti

---

<sup>37</sup> OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19) – Ensuring data privacy as we battle Covid-19, versione del 14 aprile 2020, reperibile al seguente link: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/ensuring-data-privacy-as-we-battle-covid-19-36c2f31e/>.

coinvolti, mediante la messa a disposizione di adeguate istruzioni sulle modalità di trattamento dei dati e soprattutto sulle correlate misure sicurezza.

L'attuale situazione di crisi scaturita dal diffondersi della pandemia ha reso necessario il ricorso a misure di carattere eccezionale. Ciò, tuttavia, non può e non deve comportare una rinunzia totale e incondizionata ad altri diritti costituzionalmente riconosciuti e tutelati. Ne consegue che i vantaggi e benefici che un uso corretto e consapevole di questi strumenti può comportare possono essere completamente apprezzati – compatibilmente con una cultura democratica – solo nella misura in cui si assicuri il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali. A conferma di tale impostazione, ribadita da più e più voci, si può concludere condividendo l'affermazione secondo cui le norme a tutela dei dati personali non devono ostacolare l'adozione di misure di lotta e contrasto al coronavirus, ma che, tuttavia, queste ultime non possono prescindere dal rispetto dei diritti fondamentali della persona.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> «Data protection rules (such as GDPR) do not hinder measures taken in the fight against the coronavirus pandemic. However, I would like to underline that, even in these exceptional times, the data controller must ensure the protection of the personal data of the data subjects. Therefore, a number of considerations should be taken into account to guarantee the lawful processing of personal data». Dichiarazione del presidente del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) A. Jelinek sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'emergenza Covid, reperibile al seguente link: [https://edpb.europa.eu/news/news/2020/statement-edpb-chair-processing-personal-data-context-covid-19-outbreak\\_it](https://edpb.europa.eu/news/news/2020/statement-edpb-chair-processing-personal-data-context-covid-19-outbreak_it).





**Rilievi critici sulla possibilità di configurare l'abuso del promissario acquirente nella nuova disciplina degli immobili da costruire**

A cura di **Dott.ssa Emanuela Morotti**<sup>1</sup>

**ABSTRACT**

La disciplina sugli immobili da costruire predispone un contesto di forti tutele per il promissario acquirente, a partire dal diritto di ricevere, al momento della stipula del contratto preliminare, una fideiussione bancaria o assicurativa che gli garantisca il recupero delle somme versate al venditore, nel caso in cui, prima della stipula del contratto definitivo, si verifichi una situazione di crisi o di insolvenza del costruttore. La legge, però, non prevede espressamente il caso di tardivo rilascio della fideiussione, per il quale sono quindi state proposte due interpretazioni contrastanti. La prima ritiene che il promissario acquirente conservi il diritto di domandare la nullità del preliminare, anche dopo la consegna tardiva della fideiussione. La seconda, invece, qualifica tale richiesta come abusiva e impedisce al promissario acquirente di chiedere la nullità, ritenendo prevalente l'interesse a ricevere la fideiussione, indipendentemente dal fatto che questa sia consegnata in tempo o in ritardo. L'obiettivo di questo contributo è quello di proporre una via intermedia tra quelle sopra proposte, mostrando che, in determinate situazioni, le concrete vicende del rapporto possono far riemergere l'interesse del promissario acquirente a domandare la nullità, dovendosi in questi casi ritenere pienamente legittima e non abusiva tale richiesta. Si rivela allora di fondamentale importanza assumere una visione più complessiva che tenga in considerazione il comportamento tenuto dalle parti nel concreto svolgimento del rapporto.

---

<sup>1</sup> Emanuela Morotti, Phd, Assegnista di Ricerca presso il Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto dell'Università di Padova.

## **ABSTRACT**

The regulation on buildings to be constructed provides a context of strong protections for the promissory buyer, starting from the right to receive, at the time of signing the preliminary contract, a bank or insurance guarantee that guarantees him the recovery of the sums paid to the seller, in the event in which, before the signing of the final contract, a crisis or insolvency situation of the manufacturer occurs. The law, however, does not expressly provide indications for the case of late issuance of the guarantee, for which two conflicting interpretations have therefore been proposed. The first considers that the promissory buyer retains the right to request the nullity of the preliminary, even after the late delivery of the guarantee. The second, on the other hand, qualifies this request as abusive and prevents the promissory buyer from requesting nullity, considering the prevailing interest in receiving the surety, regardless of whether it is delivered on time or late. The goal of this contribution is to propose a third way between those proposed above, showing that, in certain situations, the interest of the promissory buyer in requesting nullity can re-emerge due to the concrete events of the relationship, having in these cases fully believe this request is legitimate and not abusive. It is therefore of fundamental importance to take a more comprehensive view that takes into consideration the behavior of the parties in the concrete development of the relationship.

## **PAROLE CHIAVE**

Immobili da costruire, fideiussione tardiva, nullità, abuso del diritto, contratto preliminare

**Sommario:** 1. Premessa. La fideiussione introdotta dal d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122 e le modifiche apportate dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza - 2. Il problema del rilascio tardivo della fideiussione e l'ipotesi della nullità del preliminare - 3. Seconda ipotesi: l'abuso del promissario acquirente - 4. Una terza ipotesi ricostruttiva

## 1. Premessa. La fideiussione introdotta dal d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122 e le modifiche apportate dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Il d.lgs. 122/2005, ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina relativa alle vendite aventi ad oggetto immobili in costruzione, per tali intendendosi quelli non ultimati oppure ancora “sulla carta”<sup>2</sup> e da costruire, in ragione della particolare posizione di rischio e di incertezza in cui versa il compratore<sup>3</sup> in tutto il periodo precedente alla consegna effettiva dell'immobile ultimato<sup>4</sup>.

In particolare, la tutela del compratore è affidata all'introduzione di due diversi obblighi a carico del venditore - costruttore<sup>5</sup>: il primo riguarda il rilascio di una fideiussione che garantisca al compratore la restituzione delle somme anticipate e già riscosse dal costruttore, qualora quest'ultimo incorra in uno stato di crisi prima che abbia trasferito la proprietà dell'immobile<sup>6</sup>; il secondo obbligo riguarda invece il rilascio di una polizza assicurativa a copertura dei danni derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere<sup>7</sup>. In questa seconda ipotesi, come è evidente, la posizione del

---

<sup>2</sup> L'espressione è di E. Sacchetti, *Una disciplina a prova di sorprese per garantire le vendite su carta*, in *Guida al dir. Sole 24 ore*, 2005, XXX, 31.

<sup>3</sup> In realtà la norma prevede un'accezione molto ampia di acquirente di immobile da costruire, comprendendovi anche, all'art. 1, lett. a), d.lgs. 122/2005: « la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa».

<sup>4</sup> Il decreto in esame è stato ampiamente trattato dalla dottrina nel periodo immediatamente successivo alla sua entrata in vigore. *Ex multis*, si vedano i contributi di F. Alcaro, *Il sistema delle garanzie nella nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire (d.leg. n. 122/2005)*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 487; R. Corona, *La tutela dei diritti patrimoniali dell'acquirente di immobili da costruire: prime osservazioni (commento a d.leg. 20 giugno 2005 n. 122)*, in *Corriere giur.*, 2005, 1643; G. De Nova, C. Leo, M. Locati, A. Roda, *L'acquisto di immobili da costruire (Decreto Legislativo 20 giugno 2005, n. 122)*, Giuffrè, Milano, 2005, 260; C. Leo, *Le nuove norme a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Contratti*, 2005, 745.

<sup>5</sup> I profili di tutela del compratore - promissario acquirente sono stati approfonditi da A. Luminoso, *L'acquisto di immobili da costruire e i presupposti delle nuove tutele legali*, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 191; D. Manente, *La legge delega sulla tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (l. 2 agosto 2004 n. 210)*, in *Studium iuris*, 2004, 1466; F. Silla, *Delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (commento alla l. 2 agosto 2004 n. 210)*, in *Guida al dir. Sole 24 ore*, 2004, XXXV, 14; E. Sollini, *Tutelate le persone fisiche che comprano gli immobili in costruzione*, in *Impresa*, 2005, 1789.

<sup>6</sup> L'art. 2, comma 1, del decreto in esame recita «All'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione, anche secondo quanto previsto dall'articolo 1938 del codice civile, di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Restano comunque esclusi le somme per le quali è pattuito che debbano essere erogate da un soggetto mutuante, nonché i contributi pubblici già assistiti da autonoma garanzia».

<sup>7</sup> Precisamente, l'art. 4 del d.lgs. 122/2005 si riferisce a «una polizza assicurativa indennitaria decennale a copertura dei danni derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere a beneficio dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto ai sensi dell'articolo 1669 del codice civile, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione». Per un approfondimento riguardo a questo secondo tipo di tutela si fa rinvio agli studi di B. Sieff, *Tutela degli acquirenti di immobili da realizzare*, in *Diritto e formazione*, 2004, 1463; G. Vettori, *La tutela dell'acquirente di*

compratore è meno esposta, dal momento che non solo è già avvenuta la consegna dell'immobile ultimato ma soprattutto il promissario acquirente ne è nel frattempo divenuto il legittimo proprietario<sup>8</sup>: per questi motivi, l'attenzione della presente indagine sarà rivolta ad analizzare la prima forma di tutela, che presenta maggiori profili di problematicità.

La tutela fideiussoria, infatti, è volta a proteggere il compratore per tutto l'arco di tempo che intercorre tra il preliminare e l'eventuale crisi dell'imprenditore<sup>9</sup>, periodo nel quale la posizione del promissario acquirente è particolarmente precaria. Infatti, non essendo ancora stato sottoscritto il contratto definitivo, l'effetto traslativo non si è ancora prodotto<sup>10</sup> e ciò significa che, se si aprisse un'eventuale procedura concorsuale, l'organo che ne è competente potrebbe decidere di sciogliersi dall'obbligo di concludere il contratto definitivo, così che il promissario compratore vedrebbe per sempre sfumare ogni possibilità di diventare proprietario dell'immobile<sup>11</sup>. In una simile evenienza, al promissario compratore non resterebbe altra strada che presentare domanda di ammissione al passivo fallimentare, trovandosi di fatto a concorrere alla ripartizione dell'attivo quale semplice creditore chirografario<sup>12</sup>, e così sperare di recuperare "in moneta fallimentare" le somme anticipatamente versate a titolo di caparra. Per porre rimedio ad un

---

*immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 105; I. Ambrosi, F. Basile, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire a norma del d.leg. 20 giugno 2005 n. 122*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 88; R. Triola, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente, dopo il d.leg. 20 giugno 2005 n. 122*, Giuffrè, Milano, 2005, 11 ss.

<sup>8</sup> Precisa infatti F. Casarano, *La tutela degli acquirenti di immobili in costruzione*, in *Immobili e proprietà*, 2005, VII, p. 1 ss. «La polizza dovrà pertanto essere consegnata dal costruttore all'atto del trasferimento della proprietà, anche se destinata ad operare a partire dalla data di ultimazione dei lavori. La garanzia inoltre è dovuta a prescindere da una situazione di crisi in cui incorra il costruttore, essendo destinata ad operare all'emergere di vizi e difformità dell'edificio realizzato ed il momento in cui tale polizza deve essere materialmente consegnata dal costruttore all'acquirente è quello in cui avviene il trasferimento della proprietà. Gli effetti della polizza decorreranno invece dal momento dell'ultimazione dei lavori, momento che può essere anche successivo a quello del trasferimento della proprietà e quindi della consegna della polizza».

<sup>9</sup> Si vedano sui rapporti tra compratore e imprenditore fallito i saggi di D. Cerini, *La protezione degli acquirenti di beni immobili da costruire nel decreto legislativo n. 122/2005: prime riflessioni su finalità e strategie*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2005, 1247 ss.; G. De Marzo, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 1127 ss.; A. De Renzis, G. Scaliti., *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire (D.L.g. 20 giugno 2005, n. 122)*, Giappichelli, Torino, 2006, 255; G. Rizzi, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 433.

<sup>10</sup> Come spiega bene F. Toschi Vespasiani, *Il trasferimento non immediato di immobili da costruire ex art. 6 d.leg. 20 giugno 2005 n. 122*, in *Contratti*, 2006, 808.

<sup>11</sup> Si veda quanto sintetizzato da N. Nisivoccia, *L'acquirente dell'immobile ad uso abitativo di fronte al fallimento del venditore*, in *Giur. Comm.*, 2008, IV, 826 ss.: «Ne risultava che la sorte di chi aveva acquistato beni immobili ad uso abitativo dal fallito (o meglio, da colui il quale era poi fallito) era segnata dalle norme generali, in virtù delle quali dunque il contratto: a) poteva essere revocato come atto a prestazioni sproporzionate o come atto normale (ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 1 e secondo comma), secondo i casi e ricorrendone i presupposti; b) se non ancora compiutamente eseguito, proseguiva o non proseguiva, secondo la scelta del curatore. Tutto qui; e le medesime norme generali erano applicate anche ai contratti preliminari». Sulle dinamiche relative all'apertura di una procedura concorsuale si rinvia ai contributi di F. D'Ambrosio, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire e fallimento*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, II, 171; G. D'Amico, *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, 213; F. Di Marzio, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente dell'immobile da costruire*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, 31; C. Fiengo, *Sulla tutela degli acquirenti d'immobili da costruire in caso di insolvenza del costruttore*, in *Riv. Dir. impresa*, 2005, 263; G. Finocchiaro, *Le forme di tutela degli acquirenti degli immobili da costruire nelle esecuzioni individuale e concorsuale*, in *Rass. locazione e condominio*, 2006, 123; G. Guzzardi, *Fallimento del venditore e acquisto di immobile da costruire*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, VI, 1204; G. Visconti, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Immobili e proprietà*, 2019, VI, 362.

<sup>12</sup> Si veda sul punto F. Aprile, *Acquisti di immobili da costruire: nuova tutela*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, 1123; F. Pascucci, *La delega al Governo per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. Dir. Impresa*, 2004, 613; A. Zaccaria, *La nuova disciplina sulla tutela degli acquirenti d'immobili da costruire: lineamenti e principali problematiche*, in *Studium iuris*, 2006, VII-VIII, 935.

simile scenario<sup>13</sup>, il Legislatore ha previsto che all'atto della stipula del preliminare sia consegnata al promissario acquirente una fideiussione «di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso», in modo tale che, se all'apertura del fallimento non abbia ancora conseguito la proprietà dell'immobile, egli possa almeno recuperare interamente quanto già versato al costruttore<sup>14</sup>.

Il d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, meglio noto come Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, reca agli artt. 385, 386, 387 e 388 alcune modifiche al d. lgs. 122/2005, rafforzando maggiormente la posizione del promissario acquirente. In particolare, in base alla nuova impostazione, la garanzia fideiussoria può essere rilasciata solo da «una banca o da un'impresa esercente le assicurazioni»<sup>15</sup>, escludendo quindi dal novero dei soggetti abilitati a rilasciarla «gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385»<sup>16</sup>, evidentemente ritenuti dal Legislatore soggetti meno affidabili rispetto alle banche e alle assicurazioni.

Ancora più rilevante si deve considerare l'ampliamento della garanzia fideiussoria, che contempla ora non solo il caso in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi<sup>17</sup>, ma anche quello di inadempimento dell'obbligo di prestare la polizza assicurativa indennitaria decennale di cui all'art. 4 d.lgs. 122/2005. Infine, il nuovo testo specifica le ipotesi che consentono l'escussione della fideiussione<sup>18</sup>, prevedendo altresì la predisposizione ad opera del Ministero della giustizia di un modello standard di fideiussione.

## 2. Il problema del rilascio tardivo della fideiussione e l'ipotesi della nullità del preliminare

Un punto che non è mai stato espressamente affrontato dalla normativa riguarda il caso in cui la fideiussione venga rilasciata al promissario acquirente in un momento successivo a quello della stipula dell'atto preliminare. A fronte di questa lacuna di disciplina, si possono prospettare due opposte soluzioni.

---

<sup>13</sup> Si tratta, a ben guardare, di un problema di collocazione del rischio di insolvenza, come sottolinea anche M. Imbrenda, *Individuazione dell'acquirente e distribuzione del rischio nel decreto legislativo n. 122 del 2005*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 690.

<sup>14</sup> Vedi C. Caruso, *La fideiussione a garanzia del pagamento del prezzo di acquisto dell'immobile*, in *Rass. locazione e condominio*, 2006, 135.

<sup>15</sup> Art. 385, comma 1, lett. a), d.lgs. 14/2019.

<sup>16</sup> Art. 3, comma 1, d.lgs. 122/2005.

<sup>17</sup> Più precisamente questa è stata definita dall'art. 1, d. lgs. 122/2005, lett. c) come «la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa».

<sup>18</sup> A riguardo, si riprendono le parole di A. Semprini, *Il deposito prezzo nell'acquisto di immobili da costruire*, in *Contratto e Impr.*, 2019, II, 680: «si richiede che tali fideiussioni presentino alcune caratteristiche «fisse», tra le quali la copertura di tutte le somme corrisposte dal compratore al venditore fino al trasferimento della proprietà, la previsione di un importo massimo fissato dai contraenti (ove redatte ai sensi dell'art. 1938 c.c.) e l'espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, di cui all'art. 1944, secondo comma, c.c. (Tale configurazione, dettata in via inderogabile dal legislatore, pone invero qualche dubbio sulla natura giuridica della fideiussione, potendo la stessa situarsi in un'area parzialmente differente da quelle occupate dalla "fideiussione a prima richiesta" e dal "contratto autonomo di garanzia».

La prima è quella di fondare l'interpretazione sulla lettera della norma, che fissa la consegna della fideiussione «all'atto della stipula [...] ovvero in un momento precedente»<sup>19</sup>, da cui è possibile ricavare che la consegna successiva non sia sufficiente ad evitare la nullità. Questa impostazione è stata appoggiata anche da un filone giurisprudenziale secondo il quale la norma in questione sia da interpretare nel senso che la consegna della fideiussione debba avvenire, al più tardi, all'atto della stipula del contratto preliminare e che la mancata consegna non sia “sanabile” da un successivo contegno di alcuna delle parti<sup>20</sup>. Ciò significa che né la consegna tardiva della fideiussione da parte del venditore-costruttore, né la sua accettazione da parte del promissario acquirente possano sanare il vizio di nullità che si sia irrimediabilmente già prodotto.

A ben guardare, questa interpretazione trova sostegno anche considerando la *ratio* che ha spinto il Legislatore ad intervenire in questo settore, dove ha voluto predisporre, con le diverse misure che abbiamo visto, una tutela molto forte della posizione del promissario - acquirente. In particolare, si può notare che il mancato rispetto dell'obbligo di consegna della fideiussione è sanzionato dalla nullità, come si legge all'art. 2, comma 1, d.lgs. 122/2015, in base al quale «il costruttore è obbligato, a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente, a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione»<sup>21</sup>.

Si tratta, per la precisione, di un regime di nullità speciale, detto nullità di protezione<sup>22</sup>, che fornisce una più intensa salvaguardia degli interessi del contraente debole, in un'ottica che mira a tutelare anche interessi di carattere super individuale, come, nel caso in esame, quello alla corretta circolazione del bene immobile<sup>23</sup>. Analizzando con più attenzione la norma, si può osservare che il Legislatore ha voluto sanzionare con la nullità l'inadempimento del venditore-costruttore, dal momento che l'inosservanza dell'obbligo di consegnare la fideiussione non produce – così come ci aspetteremmo – l'inadempimento, ma la nullità dell'atto preliminare<sup>24</sup>. Considerando che il Legislatore non distingue tra l'inadempimento e il ritardo nella consegna della fideiussione, ma precisa che essa debba avvenire all'atto della stipula o in

---

<sup>19</sup> Così letteralmente art. 2, comma 1, d.lgs. 122/2005.

<sup>20</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte d'appello di Lecce, sez. civ. II, n. 222 del 14.5.2015, con nota di A. Busani, *La fideiussione dopo il preliminare non evita la nullità*, in *Quotidiano del diritto*, Guida al dir. Sole 24 ore, 26.01.2016.

<sup>21</sup> A. Luminoso, *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, II, 713; M.C. Paglietti, *La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria*, in *Riv. dir. privato*, 2007, 101; G. Palermo, *Lo schema legale dei contratti relativi ad immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, 965; R. Triola, *I requisiti del contratto di acquisto degli immobili da costruire*, in *Rass. locaz. e cond.*, 2006, 219.

<sup>22</sup> Per il tema delle nullità di protezione si rinvia per un maggior approfondimento a M. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, Padova, 2008, 19 ss.; M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, a cura di Gentili, vol. IV, *Trattato del contratto*, Giuffrè, Milano, 2006, 11 ss.; G. Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, ESI, Napoli, 2010, 95 ss.

<sup>23</sup> F. Macario, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D.Lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.Lgs. 122/2005 e prospettive*, I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, 2006, 109 ss.

<sup>24</sup> Il Legislatore ha così introdotto un caso di «nullità da inadempimento», come osserva G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 368 ss.; si veda anche C.M. D'Arrigo, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, 911.

un momento precedente, sembra corretto ritenere che la consegna tardiva configuri inadempimento e, di conseguenza, produca la nullità dell'atto.

Si prendano in esame, infine, altre due caratteristiche del regime di nullità che presiede all'inosservanza dell'obbligo di rilascio della fideiussione: la legittimazione relativa e la mancata parziarietà necessaria.

La prima consistente nella possibilità per il solo promissario acquirente di sollevare la nullità, proprio per permettere unicamente al contraente debole di valutare l'opportunità dell'affare, consentendogli di scegliere se proseguire nel rapporto anche in mancanza della fideiussione, oppure se caducare il negozio<sup>25</sup>.

La seconda, invece, riguarda il fatto che la nullità che consegue al mancato rilascio della fideiussione non colpisce soltanto la singola clausola nulla, ma invalida l'intero negozio, caducandolo nella sua totalità: si tratta quindi di un segnale molto chiaro dell'intenzione del Legislatore, che ha voluto apprestare una tutela "forte" a garanzia della posizione del promissario acquirente<sup>26</sup>.

Da tutti questi elementi, emerge con chiarezza un quadro normativo che ha voluto fornire la più ampia tutela possibile al promissario-acquirente, considerandolo a priori come un soggetto meritevole di protezione fin dall'inizio dell'instaurazione del rapporto. In questo contesto si inserisce quindi perfettamente la tesi diretta a riconoscere la nullità del preliminare anche dopo la tardiva consegna della fideiussione, trattandosi della soluzione che tutela maggiormente il promissario acquirente.

### **3. Seconda ipotesi: l'abuso del promissario acquirente**

In opposizione alla tesi appena considerata si colloca una recente sentenza<sup>27</sup> della Cassazione, in base alla quale la proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare per mancanza della fideiussione costituisce abuso del diritto e non può quindi essere accolta al ricorrere cumulativo di due condizioni: 1) se tale garanzia sia comunque rilasciata, seppur in data successiva alla stipula del preliminare e 2) nelle more della consegna non si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero non risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente.

Tale pronuncia, a ben guardare, non nega la perdurante nullità del contratto preliminare, riconoscendo espressamente che il diritto del promissario acquirente di domandarla in giudizio non possa trovare un ostacolo nella condotta dell'altro contraente – per di più– successiva al verificarsi della causa di nullità. A fronte quindi dell'impossibilità di configurare una sanatoria del negozio nullo a seguito del successivo rilascio della fideiussione, la questione viene spostata su un altro piano, riguardante non più quello della

---

<sup>25</sup> G. Baralis, *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla l. n. 210 del 2004; spunti in tema di: varietà di contratti "garantiti", prestazione di fideiussione "impropria", riflessi sulla trascrizione, contenuto "necessario" del contratto, invalidità speciali*, in *Riv. not.*, 2005, 723.

<sup>26</sup> P. Tommasino, *La nullità del preliminare per l'acquisto di immobili da costruire*, in *Rass. locaz. e cond.*, 2006, 222.

<sup>27</sup> Ci si riferisce a Cassazione Civile, Sez. II, 22 novembre 2019, n. 30555, Pres. Cosentino, Rel. Criscuolo. Per un commento della pronuncia si rinvia a F. Toschi Vespasiani, *Compravendita: quando si può far valere la nullità di protezione senza incorrere in un abuso di diritto?*, in *Il quotidiano giuridico online*, 2020, I, p. 1 ss.

nullità e della sua legittima sollevazione in giudizio, ma quello della meritevolezza dell'interesse ad agire in tal senso.

Secondo questa impostazione, il rilascio della fideiussione, ancorché tardivo, riuscirebbe comunque a soddisfare l'interesse avuto di mira dalla norma, che è volta a proteggere il promissario-acquirente attraverso una garanzia a suo favore che lo sollevi dal rischio di perdere definitivamente le somme anticipate al venditore-costruttore, nel caso in cui quest'ultimo fallisca<sup>28</sup>. Per questa ragione, una volta ottenuta la fideiussione, non sarebbe più meritevole di protezione l'interesse del promissario acquirente a chiedere la declaratoria di nullità, la cui domanda in giudizio configurerebbe un'ipotesi di abuso del diritto.

Come noto, la figura dell'abuso del diritto è stata ricavata dai principi di buona fede oggettiva e di correttezza, e da un generale principio di solidarietà sociale che trova conferma a livello costituzionale<sup>29</sup>. In particolare, la clausola generale di buona fede svolge un ruolo integrativo del rapporto<sup>30</sup>, ampliandone la portata attraverso una serie di doveri comportamentali di contenuto positivo e negativo<sup>31</sup>. La sua estensione riguarda sia l'ambito dell'obbligazione (art. 1175 c.c.), sia la disciplina del contratto, andando a coprire la fase delle trattative precontrattuali (art. 1337 c.c.), della pendenza della condizione (art. 1358 c.c.) e dell'esecuzione (art. 1375 c.c.), e fungendo altresì da criterio interpretativo del contratto (art. 1366 c.c.). La buona fede si impone come regola di condotta valida per entrambe le parti, e si specifica in particolari doveri di comportamento, riconducibili a obblighi di lealtà<sup>32</sup> e di salvaguardia, diretti a preservare l'utilità della controparte nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Si esprime in questi termini la sentenza da ultimo esaminata: «Parte della dottrina che ha avuto modo di occuparsi della disciplina di cui al D. Lgs. n. 122/2005, ha condivisibilmente rilevato che, ferma restando anche l'imprescrittibilità dell'azione volta a far valere la nullità di protezione in esame, e non essendo contemplata in maniera espressa alcuna preclusione all'esperimento dell'azione di nullità, ad opera dell'acquirente, successivamente al momento in cui sia stata da lui conseguita la proprietà del fabbricato, ultimato ed agibile, osta all'ammissibilità di siffatta azione la stessa finalità della nullità "di protezione", in quanto non si vede alcuna ragione per sacrificare l'interesse del costruttore e, soprattutto, quello della successiva circolazione immobiliare, pur in assenza della fideiussione, o della conformazione del contenuto contrattuale ai sensi di legge, quando l'interesse fondamentale dell'acquirente è stato ormai soddisfatto».

<sup>29</sup> Si rimanda più nel dettaglio a P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; U. Breccia, *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, III, Cedam, Padova, 15 ss.; D. Messinetti., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1998, aggiornamento II, 1, 13; G. Levi., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, 55 ss.; F.D. Busnelli, E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Furguele, Cedam, Padova, 1997; M. Messina, *L'abuso del diritto*, Esi, Napoli, 2003, 11 ss.; F. Astone., *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. Mer.*, 2007, II, 8 ss.; G. Marongiu., *Abuso del diritto o abuso del potere?*, in *Corr. Trib.*, 2009, XIII, 1076 ss.; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, III, 54 ss.; L. Balestra, *Rilevanza, Utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, III, 541 ss.

<sup>30</sup> Sulla clausola generale di buona fede si rinvia a A. Di Majo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali* in *Corr. giur.*, 2000, XI, 1111 ss.; M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, 2006, 32 ss.; e F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 15 ss.; F. Benatti, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2009, I, 241 ss.

<sup>31</sup> Così, letteralmente, G. Finazzi, voce *Diligenza*, in *Dig. disc. Priv.*, 2019, 9.

<sup>32</sup> Si veda, a tal proposito, E. Battelli, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contratto e impr.*, 2019, 106 ss. «Tutta la normativa codicistica è del resto permeata della preoccupazione del legislatore di prevenire e sanzionare ogni uso improprio dello strumento contrattuale che si traduca nel comportamento di una delle parti in danno dell'altra».

<sup>33</sup> L'espressione è di C. M. Bianca, *Diritto Civile, L'obbligazione*, 2006, 88, cui si rinvia per un maggior approfondimento. In particolare, si veda p. 93, dove parla di dovere di «salvaguardare quegli interessi socialmente rilevanti del creditore che l'adempimento dell'obbligazione espone a uno specifico rischio di danno».



In ragione di ciò, si determina un comportamento abusivo ogni qual volta il titolare di un diritto, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti<sup>34</sup>: si tratterà quindi di vedere se questi caratteri si manifestano anche nel caso preso in esame.

#### 4. Una terza ipotesi ricostruttiva

La qualificazione in termini di abuso del comportamento del promissario- acquirente che domandi la dichiarazione di nullità del preliminare successivamente al tardivo rilascio della fideiussione non convince pienamente, prestandosi ad alcune considerazioni di segno opposto.

Non si dubita che in molti casi debba prevalere l'interesse del venditore-costruttore<sup>35</sup> al mantenimento in vita del rapporto, potendo di fatto risultare eccessiva, in considerazione delle concrete circostanze, la nullità del preliminare dopo che sia stato adempiuto l'obbligo di rilasciare la fideiussione. Tuttavia, persistono situazioni nelle quali riemerge l'interesse del promissario acquirente ad essere tutelato e, conseguentemente, non si possa definire abusivo il suo diritto a chiedere la nullità.

Dovrebbe infatti considerarsi legittima la proposizione di tale domanda qualora il costruttore-venditore abbia colpevolmente ritardato la consegna della fideiussione, magari sperando nella dimenticanza o, addirittura, nell'ignoranza<sup>36</sup> del compratore in merito al suo diritto ad ottenere la garanzia. Similmente non merita di essere protetto l'interesse del costruttore ogni qual volta gli sia stata espressamente domandata la fideiussione, ma ne abbia appositamente ritardato la consegna<sup>37</sup>.

In questi casi il costruttore potrebbe chiaramente avvantaggiarsi di tutti i mesi, e forse anche degli anni, che intercorrono prima dell'effettivo rilascio della garanzia. Non bisogna dimenticare, infatti, che il rilascio di una fideiussione bancaria o assicurativa ha un costo non indifferente per il costruttore,<sup>38</sup> che

---

<sup>34</sup> Questa definizione riecheggia quella contenuta nella sentenza della Cassazione Civile, Sez. II, 22 novembre 2019, n. 30555.

<sup>35</sup> Si veda, già prima della riforma, un punto di vista di verso da quello della mera tutela del compratore: A. Torrioni, *Il d.lgs. n. 122 del 2005 letto con la lente del costruttore*, in *Riv. Not.*, 2007, 879.

<sup>36</sup> Non è ipotesi rara nella previgente disciplina del d. lgs. 122/2005, nella quale, come vedremo, non c'era l'obbligo dell'intervento del notaio per la stipula del preliminare. Era quindi ben possibile che il compratore venisse a conoscenza dell'obbligo di rilascio della fideiussione solo nel momento in cui questa gli fosse stata effettivamente consegnata,

<sup>37</sup> In linea generale, non si può non riflettere sul fatto che il costruttore-promittente venditore si trova in una posizione di vantaggio rispetto al promissario acquirente fin dall'inizio del sorgere del rapporto, dal momento che la stessa disciplina di protezione dell'acquirente prevista dal d.lgs. 122/2005 si applicherà solo nei casi in cui il costruttore abbia chiesto e ottenuto il titolo abitativo. Sul punto si vedano le parole di F. Astone, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, III, 1435 ss.: «si è scelto di intervenire in favore degli acquirenti di immobili da costruire, ma l'operatività della tutela è stata subordinata al ricorrere di presupposti (la richiesta o il rilascio del permesso di costruire) che rientrano nella sfera di controllo del costruttore, sicché è rimesso alla sua discrezionalità decidere se e quando farli scattare».

<sup>38</sup> A. Zoppini, *La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, in *I quaderni della fondazione italiana del notariato*, 2006, I, 1 ss.: «In ogni caso, pur non rientrando nella definizione di contratto atipico di garanzia "a prima richiesta", la fideiussione in esame amplifica il rischio d'impresa, sia accentuando le difficoltà per il suo rilascio (posto che il fideiussore valuterà con estrema attenzione la posizione finanziaria del debitore-costruttore), sia innalzando, inevitabilmente, i costi della

potrebbe quindi aver interesse a ritardarne la consegna, ad esempio per ridurre il tempo di copertura della fideiussione e i relativi costi verso l'istituto che la rilascia, oppure perché spera – magari confidando nelle risorse della propria impresa – di ultimare la costruzione dell'immobile e di consegnarlo al compratore in tempi brevi e quindi valutando la fideiussione come un inutile esborso.

Nelle ipotesi sopra viste il comportamento del venditore-costruttore non solo viola l'obbligo di consegnare la fideiussione al momento della stipula del preliminare, ma soprattutto si pone in contrasto con il dovere di buona fede e di correttezza che dovrebbe informare la propria condotta. La teoria dell'abuso del diritto serve infatti a tutelare il contraente fedele da possibili comportamenti elusivi della controparte, al fine di riequilibrare le loro reciproche posizioni: ne deriva quindi che chi per primo abusa dell'altrui buona fede, non può poi invocare tale principio solo quando si rivolge a proprio vantaggio. Il venditore-costruttore che ha colposamente o dolosamente ritardato la consegna della fideiussione non merita quindi di essere tutelato, ma dovrà accettare le conseguenze di una situazione che, con il proprio comportamento, ha contribuito a creare.

D'altra parte, trattandosi di un inadempimento colpevole o addirittura volontario, la richiesta del promissario acquirente di dichiarare nullo il contratto non può essere accusata di «aggirare surrettiziamente gli strumenti di reazione che l'ordinamento specificamente appronta avverso le condotte di inadempimento della controparte»<sup>39</sup>, ma si limita ad utilizzare uno strumento – quello della nullità – che il Legislatore, come abbiamo visto, in questo contesto predispone proprio come sanzione dell'inadempimento dell'obbligo previsto in capo al costruttore<sup>40</sup>.

A ben guardare non sembra coerente nemmeno argomentare che la consegna tardiva della fideiussione valga comunque ad assicurare l'interesse che la legge voleva proteggere. Si rifletta a tal proposito sul fatto che il promissario acquirente che riceve tardivamente la fideiussione non consegue lo stesso risultato che avrebbe ottenuto se gli fosse stata consegnata al momento della stipulazione del preliminare: egli è infatti rimasto privo di tutela per tutto il periodo di tempo intercorrente tra la stipula del preliminare e la consegna tardiva, dovendosi considerare a rigore una circostanza meramente fortunata quella di non aver subito le conseguenze – per lui unicamente pregiudizievoli – dell'insolvenza e della crisi del costruttore *medio tempore*<sup>41</sup>.

---

polizza e, quindi, incidendo sulla strutturazione delle scelte economico-gestionali della società costruttrice. [...] Quindi, può ritenersi fondato il timore che in entrambi i casi l'applicazione delle nuove norme possa tradursi in minor credito alle imprese più rischiose e a tassi più elevati».

<sup>39</sup> Così si legge in Cassazione Civile, Sez. II, 22 novembre 2019, n. 30555.

<sup>40</sup> Si veda più R. Lenzi, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi sull'art. 28 ed il procedimento disciplinare riformato*, a cura di S. Pagliantini, Giappichelli, Torino, 2012, 30, dove afferma proprio con riguardo all'ipotesi in esame che «L'art. 2 costituisce almeno apparentemente un manifesto caso di nullità da inadempimento e quindi di contaminazione tra regole di comportamento e regole di validità».

<sup>41</sup> In una simile situazione, se si concorda con la tesi che impedisce al compratore di chiedere la nullità a causa del rilascio successivo della fideiussione, si dovrebbe altresì, per coerenza, indennizzare il compratore stesso per il periodo precedente in cui non ha goduto della protezione della garanzia fideiussoria, evitando che l'illegittimità della richiesta di nullità si traduca, a sua volta, in un indebito vantaggio del costruttore.

Da ultimo, si ponga mente al fatto che il d.lgs. 14/2019 ha introdotto all'art. 388 una modifica all'art. 6 del precedente decreto<sup>42</sup>, disponendo che il preliminare avente ad oggetto immobili da costruire sia redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata<sup>43</sup>. Ciò comporta, secondo le indicazioni del Consiglio Nazionale del Notariato, che l'atto preliminare debba essere stipulato con l'intervento del notaio<sup>44</sup>, al quale è altresì imposto di verificare ed attestare la correttezza della fideiussione, ribadendo inoltre che «il notaio non stipulerà l'atto in assenza di fideiussione»<sup>45</sup>. Tale innovazione è da salutare con favore, dato che l'intervento necessario del notaio avrà anche la funzione di vigilare sul corretto adempimento dell'obbligo di prestare la garanzia da parte del venditore-costruttore, impedendo di procedere alla stipula del preliminare in mancanza della predetta fideiussione. Se quindi, in prospettiva, nella vigenza della nuova disciplina saranno sempre meno i casi di rilascio tardivo della fideiussione, questi, però, saranno ancora più gravi, perché presupporranno – oltre alla colpa o malafede del venditore-costruttore – anche la violazione da parte del notaio del divieto di ricevere l'atto<sup>46</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, si può quindi considerare corretto adottare una via intermedia tra le due soluzioni sopra proposte, dal momento che non è possibile affermare un principio valido in tutti i

---

<sup>42</sup> G. A. M. Trimarchi, *Codice della crisi: riflessione sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019, II, 115 «Sotto il primo aspetto merita evidenza che il rafforzamento della tutela dell'avente causa degli immobili da costruire passa attraverso il rafforzamento del controllo di legalità notarile che si esprime sia attraverso la previsione di una forma speciale (già) del contratto preliminare e più in generale di tutti quegli atti aventi analoga funzione d'ora in avanti, a pena di nullità, da redigersi per atto pubblico o scrittura privata autenticata (cfr. la nuova formulazione del comma 1 dell'art. 6 del D.Lgs. n. 122/2005) con esclusione, dunque, di ogni altra forma, e con l'obbligo conseguente di assoggettare al medesimo rigore formale anche le procure necessarie a tali atti».

<sup>43</sup> Il Legislatore ha così seguito la via francese, come auspicato da anni anche dalla dottrina: si veda quanto affermava G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente (D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122)*, Ipsoa, Milano, 2005, 158 «Non è, invece, richiesta obbligatoriamente la forma dell'atto pubblico, come avviene invece in diritto francese, il quale assicura così una tutela ben più effettiva all'acquirente, a mezzo del controllo di legalità che il notaio è tenuto ad effettuare sul contenuto del contratto e sui presupposti della sua conclusione. Questo controllo di legalità si esplica, in particolare, nella verifica del previo o contestuale rilascio della garanzia, e nell'assicurare che siano rispettate le norme sul contenuto del contratto». Si rinvia sul tema anche a A. Barale, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, in *Contratto e impresa Europa*, 2005, 810.

<sup>44</sup> M. Capecci, *La protezione del promissario acquirente nel codice della crisi*, in *Contratto e Impr.*, 2020, 1, 92 «Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha tentato di intervenire sul problema novellando l'art. 6 del d.lgs. n. 122 del 2005 imponendo la stipulazione del preliminare di immobile in costruzione nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, allo scopo di garantire il controllo di legalità da parte del notaio sull'adempimento dell'obbligo di stipulazione della fideiussione di cui agli artt. 2 e 3 del decreto legislativo citato, nonché dell'obbligo di rilascio della polizza assicurativa indennitaria di cui all'art. 4 del medesimo decreto legislativo».

<sup>45</sup> Così letteralmente si legge ne *Il decalogo del Notariato sulle nuove tutele per gli acquirenti di immobili in costruzione*, pubblicato in data 14/03/2019 sul sito del Consiglio nazionale del notariato, al link <https://www.notariato.it/it/news/il-decalogo-del-notariato-sulle-nuove-tutele-gli-acquirenti-di-immobili-costruzione>.

<sup>46</sup> In tale contesto sembra corretto qualificare la stipula dell'atto in mancanza della fideiussione come una violazione da parte del notaio dell'art. 28 della Legge sull'ordinamento del notariato, che proibisce al notaio di «ricevere o autenticare atti: 1. se essi sono espressamente proibiti dalla legge [...]». Questa stessa argomentazione è stata proposta anche con riferimento alla rinuncia alla consegna della fideiussione da E. M. Sironi, *Immobili da costruire: le nuove tutele degli acquirenti dopo il D. lgs. n. 14/2019*, in *Notariato*, 2019, VI, 625, in cui osserva che «Non può, tra l'altro, trascurarsi la previsione dell'irrinunciabilità alle tutele prescritte dal decreto n. 122/2005, la quale, sebbene fin qui giudicata insufficiente, si colora di un diverso e più pregnante significato alla luce della prescrizione formale ora introdotta dall'art. 388 del decreto n. 14/2019 (e dell'interesse pubblicistico sotteso a tale intervento): mi riferisco alla possibile qualificazione della mancata menzione della fideiussione quale rinuncia tacita alla consegna della fideiussione. In tale prospettiva, la previsione di nullità assoluta (ancorché parziale) di detta rinuncia potrebbe porre il notaio di fronte allo spettro della violazione dell'art. 28, n. 1, L. n. 89/1913». Sulla responsabilità del notaio si rimanda a G. Rizzi, *Il divieto di stipula relativo a immobili da costruire: disciplina vigente e nuove prospettive*, in *Notariato*, 2019, IV, 391.

casi, che impedisca *tout court* al promissario acquirente di domandare la nullità, una volta che gli sia stata consegnata la fideiussione.

Come abbiamo visto, infatti, il tardivo rilascio della fideiussione non basta da solo a qualificare come abusiva la domanda di nullità, ma è da interpretare in base ad una visione più complessiva del rapporto, in cui assume rilievo il comportamento precedentemente tenuto dal venditore-costruttore. Qualora emergano forti indici che incrinano irrimediabilmente la fiducia tra le parti, deve senza dubbio considerarsi legittimo l'interesse del promissario compratore ad esercitare, in base alla legge, il suo diritto a chiedere la nullità.



# RSD

## Rivista Semestrale di Diritto

ISSN 2724-2862

*Articolo scientifico sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 3 del Regolamento della Rivista*

### **Lo scioglimento degli Enti locali per infiltrazioni mafiose. Riflessioni alla luce della relazione della Commissione d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia dell'Assemblea Regionale Siciliana.**

A cura del **Dott. Andrea Nicosia**<sup>1</sup>

#### **ABSTRACT**

La recentissima relazione di indagine sul ciclo dei rifiuti in Sicilia, licenziata dalla Commissione d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia dell'Assemblea Regionale Siciliana<sup>2</sup> consegna all'opinione pubblica (e non solo) oltre che un pernicioso, ampio e malsano rapporto tra la burocrazia regionale e alcune imprese operanti nel settore dei rifiuti, uno spaccato inquietante, seppure trattato *en passant*, sull'uso che di uno strumento, sancito dal Testo Unico degli Enti Locali, si è fatto (almeno in alcuni casi) nel corso di questi ultimi anni. Il riferimento è all'istituto di cui all'articolo 143 del D.lgs. 267/2000 recante le ipotesi di scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso o simile. Responsabilità dei dirigenti e dipendenti.

Dalla Relazione emerge – nell'ambito della più corposa inchiesta operata nel settore dei rifiuti – un presunto uso distorto e strumentale a cui l'istituto sembra essere stato piegato, in alcuni casi, per il perseguimento di fini diversi rispetto a quelli assegnatigli dal legislatore.

Il documento si aggiunge da un lato ai già diffusi vecchi e nuovi dubbi di legittimità costituzionale sull'istituto; dall'altro alle riflessioni, da più parti sollevate, sulla sua attualità rispetto al mutato contesto legislativo di contorno e sulla sua efficacia che, valutata alla luce dell'applicazione ultraventennale, paiono suggerire l'esigenza di “rimessaggio”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Dottorando in Scienze Economiche, Aziendali e Giuridiche nell'Università degli Studi di Enna - Kore.

<sup>2</sup> La relazione è stata approvata nella seduta d'Aula n. 193 in data 27 maggio 2020 ed è oggi pubblicata sul sito dell'Assemblea Regionale Siciliana.

<sup>3</sup> Anche altri hanno sollevato, sul fronte dell'efficacia, i limiti dell'istituto che resta nelle sue linee generali- rispetto alla formulazione originariamente introdotta nell'ordinamento - sostanzialmente invariato. Nello Musumeci, presidente della Regione Siciliana, già nel 2016, da presidente della Commissione d'inchiesta sul fenomeno della mafia presso l'A.R.S., sollecitava un intervento dello Stato a modifica dell'attuale disciplina. Tra le critiche mosse dall'allora presidente della

## **ABSTRACT**

The recent investigation report on the waste cycle in Sicily, approved by the Sicilian Regional Assembly's Commission of inquiry on the mafia in Sicily, delivers to public opinion (and not only) a worrying situation, on the use of a tool, foreseen by TUEL : the article 143.

The report highlights a distorted use to which the law seems to have been bent, in some cases, for the pursuit of purposes other than those assigned to it by the legislator.

The document adds it to the old doubts already widespread of constitutional legitimacy of the article 143 TUEL and to the reflections, raised by several parties, on its relevance with respect to the legislative context. Circumstances that suggest a change in the norm.

## **PAROLE CHIAVE**

Consiglio comunale; scioglimento; articolo 143 T.U.E.L.; infiltrazione mafiosa; decadenza; commissariamento.

**Sommario:** 1. Un uso distorto e strumentale. 2. L'Istituto. Brevi cenni. 3. Dubbi di costituzionalità. Vecchi e nuovi. 4. Sulla efficacia. Altre brevi considerazioni. 5. La incandidabilità per i soggetti ritenuti responsabili. 6. Conclusioni.

---

Commissione regionale antimafia, l'assenza di strumenti da adottare nei confronti di dirigenti e funzionari amministrativi. Su quest'ultimo aspetto è intervenuto il legislatore nel 2018 con una previsione poi cassata, nel 2019 dalla Corte Costituzionale. .

## 1. Un uso “distorto e strumentale”

«Com'è accaduto in altre circostanze (assieme a Siculiana, vale la pena citare Racalmuto e Scicli, di cui questa relazione si occuperà nelle pagine successive) è motivo di preoccupazione per questa Commissione il modo in cui si è arrivati allo scioglimento di tre consigli comunali che avevano, tutti, conflitti politici in corso con progetti autorizzativi per impianti privati di smaltimento dei rifiuti. Perplessità che aumentano se si riflette sul fatto che, in tutti e tre i casi presi in esame dalla Commissione, il provvedimento di scioglimento aveva preso le mosse da indagini penali a carico degli amministratori di quei comuni: indagini concluse, sempre, con il proscioglimento o l'assoluzione di quegli amministratori. Riepilogando: un contenzioso in corso di alcune amministrazioni comunali con i proprietari di importanti discariche private; un'indagine penale a carico di quegli amministratori; il conseguente scioglimento per mafia dei comuni; infine, ma a comune già sciolto, il venir meno del *casus belli* investigativo che era stato premessa per quello scioglimento, spesso accompagnato (certamente per il comune di Scicli) da una robusta campagna stampa e politica che quell'esito auspicava. Una somma di coincidenze che questa Commissione pone all'attenzione dell'Assemblea Regionale Siciliana e del Parlamento nazionale, manifestando la preoccupazione che in alcuni casi ci possa essere stato un uso disinvolto e strumentale delle norme del Testo Unico sugli Enti Locali che disciplinano lo scioglimento dei consigli comunali. E che, in taluni casi, lo scioglimento sia oggettivamente servito a rimuovere, assieme alle amministrazioni comunali, le posizioni contrarie che quelle amministrazioni avevano formalizzato sulla ventilata apertura o sull'ampliamento di piattaforme private per lo smaltimento dei rifiuti<sup>4</sup>».

Sono queste le conclusioni a cui perviene la Commissione d'inchiesta istituita presso l'A.R.S. nella recentissima “Relazione sul ciclo dei rifiuti in Sicilia” che descrive – nella sua brutalità sotto il profilo delle pratiche di *maladministration* – fatti che, seppure circostanziatamente riferiti ai Comuni oggetto dello studio<sup>5</sup>, rassegnano – con altrettanta brutalità – il potenziale ricorso «distorto e strumentale» all'istituto disciplinato dall'articolo 143 del T.U.E.L. e la sua, altrettanto potenziale, idoneità a subire “forzature”<sup>6</sup> sulla spinta di fini e obiettivi diversi rispetto a quelli assegnatigli dal legislatore.

---

<sup>4</sup> Relazione conclusiva di inchiesta sul ciclo dei rifiuti in Sicilia, approvata in seno alla Commissione d'inchiesta e vigilanza sul fenomeno della mafia e della corruzione in Sicilia in data 16 aprile e in Aula in data 27 maggio 2020.

<sup>5</sup> I Comuni cui si riferisce la Relazione, sciolti ai sensi dell'articolo 143 del T.U.E.L., sono quello di Scicli, quello Siculiana e di Regalbuto.

<sup>6</sup> «Vi sono casi in cui lo scioglimento di Comuni per mafia sia stato ‘forzato’ per far fuori amministratori che non si sono adattati alla anomalia della gestione dei rifiuti in Sicilia», C. FAVA, Presidente della Commissione antimafia presso l'A.R.S., in <https://www.sciclivideonotizie.it/2020/04/16/ciclo-di-rifiuti-in-sicilia-claudio-fava-cita-il-caso-di-sicli/>. Inoltre, nella Relazione la Commissione rileva coincidenze tali da indurre il sospetto che lo scioglimento sia stato strumento utilizzato nei confronti di amministratori che, con specifico riferimento al tema delle discariche, si erano posti in contrapposizione ad interessi privati. Detta considerazione è stata ulteriormente ribadita dal Presidente della Commissione, on. Fava, in occasione del dibattito parlamentare che ha preceduto il voto di Assemblea: «ci siamo trovati di fronte anche all'imbarazzo di alcuni procedimenti di scioglimento di comuni, di consigli comunali, ritenuti inagibili dal punto di vista democratico perché permeati di presenza e di interferenza mafiosa, con una serie di coincidenze che accompagnavano questo scioglimento. La prima è che l'indagine penale che riguardava i sindaci o gli amministratori veniva immediatamente risolta dopo che il consiglio comunale era stato sciolto. In alcuni casi, come in quello di Scicli, anche con affermazioni da parte del Tribunale molto perentorie e



Il presente contributo quindi, traendo spunto dalle recenti considerazioni emerse in sede di indagine della Commissione parlamentare siciliana, si propone di rievocare i dubbi – vecchi e nuovi – mai sopiti<sup>7</sup> sulla costituzionalità della norma a cui si aggiungono – oggi con più forza – le riflessioni sulla efficacia<sup>8</sup> e attualità dell'istituto; elementi che sembrerebbero suggerire l'esigenza di un "rimessaggio".

Ciò – si dica con chiarezza – senza che l'intento appaia eversivo, quanto piuttosto il tentativo di dotare l'ordinamento di uno strumento efficace, efficiente, al passo con la legislazione vigente e conducente all'obiettivo.

Qualunque tentativo non potrà che muovere dalla ferma consapevolezza dell'occorrenza, nell'ordinamento, di strumenti di tutela del buon andamento dell'amministrazione rispetto a possibili ingerenze della criminalità organizzata e dalla contestuale convinzione che l'uso di tali strumenti non debba poter subire alterazioni finanche prestandosi – come sembra emergere dalla Relazione – a finalità distorte, lesive di interessi giuridicamente protetti, con ciò rischiando di divenire, persino, valido mezzo per ridimensionare l'attenzione su fenomeni criminali e corruttivi presenti sui territori i cui Consigli siano stati sciolti.<sup>9</sup>

---

molto gravi, la sentenza di assoluzione del sindaco di Scicli dice che è inammissibile che un'accusa così campata in aria abbia potuto superare il vaglio della fase istruttoria, ma quel vaglio lo superò! Il comune fu sciolto, ed è la prima coincidenza che noi raccogliamo su questo ed altri comuni, gli altri sono Siculiana e Racalmuto; la seconda coincidenza è che questi comuni si trovavano tutte le Amministrazioni comunali in rotta di collisione rispetto alle richieste urgenti e perentorie che venivano presentate da alcuni gruppi privati per aprire nuove discariche o per allargare le discariche preesistenti. E anche in questo caso si scopriva che una volta eliminato l'ostacolo rappresentato da quella amministrazione, improvvisamente queste pratiche trovavano il loro sbocco naturale. Queste tre coincidenze ci portano a pensare, signor Presidente, che forse lo strumento, l'articolo 143 del Testo Unico degli Enti Locali che permette, che determina, che impone in alcuni casi lo scioglimento dei consigli comunali, in alcuni casi forse sia stato utilizzato con eccessiva, come dire, superficialità e non vorremmo che sia stata anche, come dire, una vocazione strumentale» in Resoconto Stenografico seduta ARS del 27 maggio 2020 n. 193. Già alcuni autori avevano sollevato perplessità sull'uso dell'istituto a fini diversi da quelli assegnatigli dal legislatore con specifico riferimento, ad esempio, allo scioglimento che ha coinvolto il Comune di Reggio Calabria. Sul punto, V. METE Reggio Calabria tra mafia e dissesto, in *Il Mulino*, n. 2/13, pagg. 202 – 203.

<sup>7</sup> «L'archiviazione del problema della costituzionalità dell'articolo 143 TUEL non è avvenuta a causa di una distrazione accademica collettiva; ha anche un'altra motivazione che risiede nella condivisione del crescente allarme sociale generato dalla concentrazione mafiosa nelle periferie, che accresce la confidenza dei giuristi nella precomprensione istituzionale del problema a cui la norma in parola cerca di trovare soluzione». Con queste parole M. MAGRI, in *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni mafiose della criminalità di tipo mafioso: tra vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità*, in *Diritto Amministrativo*, 1/2019 giustifica una ridotta attenzione manifestatasi nei confronti dell'Istituto nel periodo successivo al 2009 da parte della dottrina.

<sup>8</sup> Nello Musumeci, attuale Presidente della Regione Siciliana, è intervenuto in più occasioni per esprimere le proprie perplessità sulla efficacia dell'istituto: «a distanza di quindici anni dalla sua prima applicazione la normativa che disciplina la delicata materia ha mostrato i propri limiti. Del resto, se uno stesso Comune viene sciolto per mafia due o tre volte, nello spazio di poco tempo, una ragione ci sarà. E quando questo avviene - e accade sempre più spesso - quel tipo di azione repressiva dello Stato non crea consenso sociale ma, anzi, suscita tra la gente perplessità, dubbi e, qualche volta, malumori», in *La Sicilia* del 18 agosto 2016. E, ancora, «l'attuale legge è dannosa, va cambiata. Ho parlato con il ministro dell'Interno proponendo in sede di riforma anche la previsione di una sorta di "diffida" ai Comuni», in *La Sicilia* del 7 aprile 2019.

<sup>9</sup> Non possono non evidenziarsi gli effetti che, sotto il profilo economico e sociale, comporta la misura dello scioglimento sull'intero territorio del Comune nei cui confronti è stato disposto. Effetti sia diretti che indiretti e l'aggravio, sotto il profilo procedimentale, per tutti coloro i quali siano chiamati a contrattare o ad avere qualunque rapporto con il Comune disciolto. A titolo di esempio, gli artt. 100 e 101 del D.lgs. 159/2011 sanciscono l'obbligo per l'Ente, per i cinque anni successivi allo scioglimento, di acquisire l'informazione antimafia precedentemente alla stipulazione o all'autorizzazione di qualsiasi contratto o subcontratto, ovvero precedentemente al rilascio di qualsiasi concessione o erogazione indipendentemente dal valore economico.

## 2. L'Istituto. Brevi cenni.

L'Istituto ha genesi emergenziale. Esso trae origine nella pronta risposta che lo Stato volle offrire al Paese in un periodo di profonda crisi. In particolar modo nel meridione protagonista, suo malgrado, della scure stragista operata per mano mafiosa.

I fatti specifici a cui si attribuisce l'origine e l'urgenza del D.L. che ha introdotto la misura, risiedono nella c.d. strage di Taurianova (Calabria).<sup>10</sup>

Il Governo di allora, in reazione a fatti dall'inaudita violenza criminale e al progressivo affermarsi, in alcuni territori della penisola, dei fenomeni criminali e del loro *intreccio*<sup>11</sup> con la amministrazione pubblica, individuò nell'istituto oggetto della presente riflessione, la misura di intervento da applicare nei casi in cui la consorteria criminale fosse stata capace di ingerirsi nella gestione della cosa pubblica o, peggio ancora, si fosse "fatta" essa stessa classe dirigente, così piegando il *munus publicum* a fini illeciti.

Nella sua originaria formulazione<sup>12</sup> il testo normativo disponeva la misura dissolutiva degli Organi consiliari (di Comuni e Provincie) quando vi fossero "elementi su collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata o forme di condizionamento degli amministratori stessi tali da compromettere l'imparzialità degli organi elettivi e il buon andamento delle amministrazioni, nonché il regolare funzionamento dei servizi alle stesse affidati ovvero che risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato di sicurezza pubblica".

A questo proposito era il Prefetto, all'esito di una attività di indagine - a quel tempo affidata all'Alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa<sup>13</sup> - a proporre al Ministro degli Interni lo scioglimento dell'Organo collegiale dell'Ente.

Il provvedimento di dissoluzione assumeva – e assume tutt'oggi – la forma del Decreto del Presidente della Repubblica emanato previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

---

<sup>10</sup> Nel 1991 Taurianova (Reggio Calabria) rappresenta il centro principale di interessi delle principali famiglie della 'ndrangheta calabrese. Il 3 maggio 1991, nell'ambito della guerra di successione tra cosche, si consuma la vendetta della morte del capofamiglia Rocco Zagari con ben quattro efferati omicidi. La ricostruzione dei fatti rassegna macabri particolari. Il quotidiano l'Unità di domenica 5 maggio riporta: "in Calabria la barbarie non conosce limiti. cinque morti ammazzati solo venerdì scorso. I killer tagliano il capo ad una vittima agonizzante e ci giocano davanti a 20 persone".

<sup>11</sup> Sempre sull'Unità del 5 maggio 1991 vengono riportate le dichiarazioni dell'allora Alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa, Sica il quale dichiarava: «qui domina un intreccio di cosche e politica». Non può non assumere rilievo la circostanza per cui uno dei soggetti coinvolti nella strage era, al momento dei fatti, Consigliere Comunale della cittadina.

<sup>12</sup> La norma viene introdotta nell'ordinamento giuridico con D.L. 31 maggio 1991 n. 164 convertito in L. 22 luglio 1991 n. 221 a modifica della L. 19 marzo 1990 n. 55 con l'introduzione dell'articolo 15 *bis*. Successivamente l'istituto trasmigrerà nel Testo Unico Enti Locali, D.lgs. 267/2000, subendo alcune modifiche e integrazioni di cui si dirà più avanti.

<sup>13</sup> La figura dell'Alto Commissario per il Coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa viene introdotta, nell'ordinamento, a seguito della strage di via Carini in occasione della quale furono assassinati il generale Dalla Chiesa, la moglie e un agente della sua scorta. È stato istituito con D.L. 6 settembre 1982 n. 629 convertito dalla L. 12 ottobre 1982 n. 726. Oggi l'attività di indagine è esercitata con i poteri delegati dal Ministro dell'Interno ai sensi dell'articolo 2 comma 2 quater, del D.L. 29 ottobre 1991 n. 410 per come convertito.

A presupposto, quindi, dell'avvio del procedimento e dell'adozione del provvedimento occorre porre "elementi" da cui emergessero i collegamenti, diretti o indiretti, tra amministratori ed esponenti della criminalità organizzata o, piuttosto, forme di condizionamento tali da compromettere l'imparzialità degli organi elettivi, il buon andamento delle amministrazioni nonché il regolare funzionamento dei servizi alle stesse affidati.

Lo scioglimento dell'Organo consiliare determinava – e determina tutt'ora - la conseguente decadenza di tutti gli Organi dell'Ente e la contestuale nomina di una Commissione chiamata a governarlo.<sup>14</sup>

Serviva una risposta dura e significativa, ed è arrivata.<sup>15</sup>

L'istituto – che nel frattempo è trasmigrato nel nuovo testo unico in materia di ordinamento degli enti locali - nel 2009 è stato oggetto di modifica mantenendo, tuttavia e per grandi linee, i suoi caratteri essenziali.

Tra le più significative innovazioni - alcune delle quali introdotte nel tentativo di superare taluni dei profili critici da più parte rilevati – il legislatore è intervenuto prescrivendo che gli "elementi" da cui desumere il collegamento o il condizionamento dovessero essere "concreti, univoci e rilevanti"<sup>16</sup>, così da rendere più tassativi i confini della sua applicazione.

È stato ampliato, inoltre, il novero dei soggetti nei cui confronti la Commissione all'uopo nominata deve svolgere l'indagine, includendovi i vertici burocratici interni all'Ente e gli stessi dipendenti. È stato reso tassativo l'onere in capo al Prefetto di indicare, nella relazione a sua firma (che accompagna la proposta di scioglimento al Ministro), «gli appalti, i contratti e i servizi interessati dai fenomeni di compromissione o interferenza con la criminalità organizzata o comunque connotati da condizionamenti o da una condotta antiggiuridica».

Con le modifiche del 2009 inizia a farsi strada l'attenzione anche ai casi in cui il collegamento o la commistione con la criminalità organizzata coinvolga non già solo gli esponenti politici che ricoprono cariche elettive ma quelli burocratici nei cui confronti il rappresentante del Governo ha facoltà di adottare

---

<sup>14</sup> Nelle modalità di cui agli artt. 144 e 145 Testo Unico Enti Locali.

<sup>15</sup> Alcune parti della dottrina ritiene che un intervento legislativo in tal senso sarebbe indubbiamente stato necessario molti anni prima, agli albori della comparsa del fenomeno delle infiltrazioni di stampo mafioso nelle istituzioni, ritenendo l'intervento legislativo adottato nella c.d. ottica emergenziale, che induce alla adozione di strumenti normativi più incisivi solo in seguito al verificarsi di episodi eclatanti che turbano le coscienze e l'opinione pubblica e obbligano la classe politica a intervenire con una risposta legislativa. Di questa opinione, R. ROLLO, in *Il Comune degli altri. Lo scioglimento degli Organi di governo degli Enti locali per infiltrazioni mafiose*. Alla introduzione del nuovo istituto è seguito il D.L. 20 dicembre 1993 n. 529 convertito con L. 11 febbraio 1994 n. 108 con il quale sono state introdotte alcune significative previsioni rivolte alla Commissione chiamata ad amministrare l'Ente. Le modifiche hanno tentato di prefigurare un quadro normativo che assegnasse alla Commissione strumenti incisivi di amministrazione utili a favorire la ricostruzione, al termine della gestione straordinaria, della corretta dialettica politica e democratica. Sul punto, cfr. I. Portelli *La gestione straordinaria dei Comuni sciolti per mafia*, in *Studi meridionali, Quaderni del Centro Dorso*, n. 3, 1998, pagg. 139 -152.

<sup>16</sup> Con L. 15 luglio 2009 n. 94 recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica* (c.d. pacchetto sicurezza) il legislatore è intervenuto a modificare l'originaria formulazione. La giurisprudenza ha chiarito il significato da attribuire a detti aggettivi: «tali elementi devono necessariamente caratterizzarsi per concretezza e, dunque, essere assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica, per univocità, quale direzione agli scopi che la misura di rigore è intesa a prevenire, e per rilevanza, ovvero idoneità all'effetto di compromettere il regolare svolgimento delle funzioni dell'Ente locale». In questi termini, Consiglio di Stato, III, 12 gennaio 2013 n. 126.

ogni provvedimento utile a far cessare immediatamente il pregiudizio in atto e ricondurre alla normalità la vita amministrativa dell'Ente.

Sulle stesse orme si è mosso il legislatore in un più recente intervento di modifica operato con D.L. 4 ottobre 2018 n. 113<sup>17</sup> con il quale, sul solco dei dubbi e delle difficoltà interpretative a più riprese sollevate, ha novellato il testo introducendo il comma 7 bis che sancisce la possibilità – per i casi in cui non siano stati riscontrati i presupposti per lo scioglimento «ma dalla relazione siano emersi riguardo, ad uno o più settori amministrativi, situazioni sintomatiche di condotte illecite, gravi e reiterate, tali da determinare una alterazione delle procedure e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni [...] - il potere di adottare prioritari interventi di risanamento indicando gli atti da assumere, con un termine per la adozione» finanche potendo, nel caso di omissione, provvedere alla nomina di un commissario *ad acta*.

Le modifiche innanzi brevemente richiamate, tuttavia, seppure apprezzabili, non hanno inciso su alcuni aspetti ritenuti tra i più salienti e che, ancora oggi, rappresentano i principali profili critici dell'istituto. Senza contare la impercettibile linea di confine esistente tra gli elementi *concreti, univoci e rilevanti* e le *situazioni sintomatiche di condotte illecite, gravi e reiterate* la cui riconducibilità di una condotta all'una o all'altra categoria è capace di produrre impatti diametralmente differenti.

### 3. Dubbi di costituzionalità. Vecchi e nuovi.

Sull'istituto, sin dalla sua prima apparizione nell'ordinamento, sono emersi dubbi e perplessità.

Occorre preliminarmente inquadrare il contesto legislativo dell'epoca in cui l'istituto era chiamato ad operare.

Sono anni in cui il rapporto Stato – Enti locali è di tipo *inter* - organico piuttosto che *inter* – soggettivo<sup>18</sup>; anni in cui il Consiglio comunale è titolare del potere di elezione del Sindaco<sup>19</sup>; anni in cui l'organo consiliare è titolare di una competenza amministrativo gestionale<sup>20</sup>; anni in cui non esiste ancora la netta separazione tra politica e amministrazione<sup>21</sup>; non esiste l'Autorità Nazionale Anti Corruzione<sup>22</sup>; non esiste

---

<sup>17</sup> Convertito con Legge 1 dicembre 2018 n. 132.

<sup>18</sup> Con la Legge costituzionale n. 3 del 2001 di riforma del titolo V della Costituzione e con la nuova formulazione dell'articolo 114 della Costituzione muta il rapporto tra Stato ed Enti locali. La formulazione *ante* riforma descriveva l'Ente locale (Comune e Provincia) componente dello Stato che, invece, nella nuova formulazione si pone a componente, al pari dello Stato e delle Regioni, della Repubblica. E proprio in forza della precedente prospettiva di rapporto che la Corte Costituzionale ha ritenuto cedevole il principio di autonomia rispetto alla necessità di assicurare l'ordinato soddisfacimento delle esigenze sociali.

<sup>19</sup> Occorre attendere la L. 25 marzo 1993 n. 81 per l'elezione diretta del primo cittadino.

<sup>20</sup> Oggi il Consiglio Comunale, ai sensi dell'articolo 42 T.U.E.L., è l'organo di indirizzo e controllo politico amministrativo. Ha competenza limitatamente ad alcuni atti tassativamente indicati dalla norma.

<sup>21</sup> Il quadro inizia a delinarsi con il D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, novellato nel 1998 e in seguito confluito nel D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

<sup>22</sup> L. 6 novembre 2012 n. 190.

il Codice Antimafia<sup>23</sup>; non esiste la disciplina sulla trasparenza amministrativa<sup>24</sup>; né il T.U. sulle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo<sup>25</sup>; né la disciplina in materia di inconfiribilità e incompatibilità<sup>26</sup>.

Già allora, tuttavia, la norma non fu esente da critiche sollevando i dubbi di autorevoli giuristi<sup>27</sup> a fronte di chi, piuttosto, ne sosteneva la conformità<sup>28</sup> all'ordinamento costituzionale ancorandone il fondamento in alcuni casi all'articolo 126<sup>29</sup> della Costituzione, in altri, ai poteri *extra ordinem* attribuiti al Capo dello Stato in veste di supremo tutore dell'Unità nazionale.<sup>30</sup>

A chi ne difendeva la legittimità<sup>31</sup> in ragione della sua eccezionalità - essendo nata, appunto, per contrastare un fenomeno eccezionale poiché ramificato, profondamente invasivo e subdolamente insidiato nel contesto sociale del meridione italiano<sup>32</sup> - si contrapponeva chi<sup>33</sup> ne contestava la conformità a Costituzione in forza dei basilari principi dello Stato di diritto, sostenendone la idoneità a ledere il principio di legalità sostanziale in ragione della mancata tipizzazione dei comportamenti e dei presupposti in presenza dei quali esercitare l'azione. La norma, a parere di quest'ultima dottrina, si poneva in violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale; dell'autonomia dell'Ente; del diritto di elettorato attivo e di quello passivo. Si contestava, infine, la eccessiva durata del Commissariamento<sup>34</sup>; la

---

<sup>23</sup> D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159.

<sup>24</sup> Uno dei perni fondamentali su cui devono gravitare le misure preventive della criminalità organizzata è l'alto livello di trasparenza, qualificabile come elemento di buona amministrazione, in Relazione dei servizi della Commissione europea e dell'Europol 2001. Per lo studio dei principi di trasparenza e buon andamento, si rinvia, a M.R. SAPASIANO, Il principio di buon andamento, pagg. 117 -133 e M. OCCHIENA, I principi di pubblicità e trasparenza, pagg. 141 – 148, entrambi in M. RENNA – F. SAITTA, Studi sui principi del diritto amministrativo, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>25</sup> D.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235.

<sup>26</sup> D.lgs. 8 aprile 2013 n. 39.

<sup>27</sup> P. VIRGA, *Infiltrazioni mafiose negli Enti locali*, in Corr. giur., 1991, p. 821 ss.; G. CORSO, *Criminalità organizzata e scioglimento dei consigli comunali e provinciali: osservazioni critiche alla giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 1993, p. 117 e ss.; A. CIANCIO, *Lo scioglimento dei consigli comunali per motivi di inquinamento da criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. It.*, 1996, IV, c. 17 ss.

<sup>28</sup> T. GROPPI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per collegamento mafioso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 254; F. LONGO, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per fenomeni di infiltrazione e condizionamento di tipo mafioso è questione di contesto*, in *Foro amm. Cds*, 2008, 884; V.F. CELLE, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni o condizionamento di tipo mafioso*, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 1209 ss.

<sup>29</sup> L'art. 126 accorda all'autorità governativa - in caso di evenienze di carattere eccezionale ivi tassativamente indicate - la possibilità di procedere allo scioglimento del Consiglio regionale, mediante apposito decreto motivato del Presidente della Repubblica.

<sup>30</sup> Così N. POSTERATO, *Scioglimento e controlli*, in R. ROLLI (a cura di), *Lo scioglimento degli Enti locali. Una introduzione*, Roma, 2013, pag. 18. L'autore riconduce la disciplina di cui all'articolo 143 del T.U.E.L. ai controlli di esclusiva attribuzione statale che solo lo Stato può effettuare per garantire l'unitarietà dell'ordinamento.

<sup>31</sup> Alcuni autori individuano lo scioglimento come "lo sblocco del controllo" e, segnatamente, come il momento finale che dal controllo (sugli organi) prende avvio e di cui costituisce il completamento. Così F. PINTO, *Diritto degli enti locali*, Giappichelli ed., 2016; R. ROLLI, op. cit., pag. 61.

<sup>32</sup> L'Avvocatura Generale dello Stato, nelle proprie memorie a difesa della norma nel Giudizio di legittimità innanzi alla Corte, lo definisce *strumento di difesa anticipata delle Istituzioni locali*. La norma rappresenta, secondo parte della dottrina, una deroga ad alcuni principi costituzionali che, tuttavia, *sembrerebbe necessitata dalla preminenza da attribuire a interessi costituzionalmente protetti come quelli dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica*.

<sup>33</sup> Vd. nota 24.

<sup>34</sup> La durata dello scioglimento - fissato oggi tra i 12 i 18 mesi prorogabili fino al massimo di 24 - comporta la sospensione sia del diritto di elettorato attivo, che l'articolo 48 della Costituzione consente di limitare solo per le cause ivi elencate. Sugli effetti e sulla durata del commissariamento si rinvia a R. ROLLI, *Lo scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiose. Prospettive de iure condendo*, in *Scritti in onore di Albino Saccomanno*, Roma, 2013, pagg. 493 -524.

rilevanza assegnata ai “collegamenti indiretti”; «il minor grado di spessore probatorio rispetto a quello richiesto sia per il promuovimento dell'azione penale sia per l'adozione delle misure di prevenzione».<sup>35</sup>

Si evidenziava, infine, l'irragionevole effetto per cui, pur in presenza di collegamenti con la criminalità di anche solo un consigliere, la misura finiva per assumere i caratteri della sanzione nei confronti di tutti gli altri, colpendo anche i componenti estranei al collegamento vulnerando, in tal modo, il principio di personalità della responsabilità.

Tutti interessi costituzionalmente rilevanti che sarebbero stati sacrificati – secondo la tesi critica – sull'altare degli “elementi” indiziari da cui desumere collegamenti, anche solo indiretti, con la criminalità organizzata e tutti assunti in un procedimento privo della partecipazione dei titolari delle cariche elettive nei cui confronti la misura era destinata a produrre i propri effetti.

Su questi ultimi profili fu chiamato ad esprimersi il Giudice delle leggi.<sup>36</sup>

Con sentenza del 19 marzo 1993 n. 103 la Corte Costituzionale ne salvò la formulazione «sul presupposto della straordinarietà del potere posto a garanzia estrema dell'ordinamento democratico<sup>37</sup>»; ne definì la portata e ne circoscrisse l'applicabilità: «si è in presenza di una misura a carattere sanzionatorio – chiari – che ha come diretti destinatari gli organi elettivi rendendosi, pertanto, applicabile ai soli casi in cui emerga

---

<sup>35</sup> Già nella Ordinanza di rimessione della questione alla Corte il Tribunale Amministrativo regionale aveva evidenziato come l'articolo 40 dell'allora Testo Unico in materia di ordinamento locale prevedeva la possibilità di sospendere e rimuovere gli amministratori degli Enti locali quando fossero imputati di un reato previsto dalla legge 13 settembre 1982 n. 6464 (che ha istituito l'associazione mafiosa) o sottoposti a misura di sicurezza o di prevenzione; la norma – per quanto affermato nell'Ordinanza – «si caratterizza per un minor grado di spessore probatorio richiesto quanto al presupposto sostanziale ivi considerato (i collegamenti con la criminalità) rispetto agli elementi richiesti sia per il promuovimento dell'azione penale sia per l'adozione della misura preventiva. [...] L'apprezzamento della sussistenza di collegamenti tra l'organo elettivo e la criminalità organizzata viene ad essere affidato a valutazioni di consistenza inferiore anche a quella richiesta per gli elementi indiziari che non consentono un adeguato controllo in sede giurisdizionale»; di qui il dubbio di conformità ai principi di ragionevolezza e di buon andamento della P.A. Una parte della dottrina, inoltre, evidenziava come già esistesse, nell'ordinamento, uno strumento di intervento. Infatti, già l'articolo 39 della L. 142/1990 prevedeva la possibilità per lo Stato di esercitare un potere sostitutivo nei confronti di quegli Enti che «dovessero caratterizzarsi per gravi e persistenti violazioni di legge e/o per gravi motivi di ordine pubblico». Una forma di scioglimento che richiedeva, ai fini della sua applicabilità, specifiche contestazioni ma che, a parere di alcuna parte della dottrina avrebbe già potuto soddisfare, nel più ossequioso rispetto del principio di legalità, la medesima esigenza. Sul punto, R. ROLLO, *Il Comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, Aracne ed., Roma, 2013.

<sup>36</sup> La questione di legittimità costituzionale fu sollevata dal Tribunale Amministrativo regionale con Ordinanza n.681 dell'8 luglio 1992, pubblicata dalla G.U.R.I. n. 45 dello stesso anno. Tra i profili sollevati la violazione degli artt. 3, 5, 24, 48, 51, 97, 113, 125 e 128 della Costituzione. Il Tribunale remittente sostiene che i provvedimenti di scioglimento non potessero ricondursi alla categoria degli atti di natura politica come tali sottratti al sindacato giurisdizionale, dovendosi pertanto optare per una individuazione restrittiva della categoria degli atti politici; nel merito, il Giudice remittente dubitava della legittimità della norma in quanto «consente di attribuire rilevanza ai collegamenti indiretti di taluni amministratori con la criminalità organizzata; prevede lo scioglimento dell'intero organo elettivo anche in presenza di collegamenti riguardanti solo alcuni amministratori; stabilisce il permanere degli effetti dello scioglimento per un periodo da dodici a diciotto mesi». La Corte costituzionale era stata già interrogata sul punto senza mai esprimersi nel merito per inammissibilità delle questioni sollevate.

<sup>37</sup> Posizione in linea con l'orientamento che la Corte aveva maturato già a far data dalla sentenza n. 407 del 1992 sul più generale tema delle conseguenze del fenomeno mafioso sul rapporto di elettorato e in occasione della quale aveva già manifestato tolleranza nei confronti dell'intenzione legislativa di creare strumenti di difesa avanzata dello Stato contro fenomeni di criminalità organizzata. La sentenza del Giudice delle Leggi circoscrive l'ambito di applicazione dell'istituto alla presenza di due condizioni imprescindibili: «i collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata; le forme di condizionamento ma sempre che risulti che l'una o l'altra situazione compromettano la libera determinazione degli organi elettivi e il buon andamento delle amministrazioni o dei servizi loro affidati, ovvero quando il suddetto collegamento o il condizionamento risulti tale da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato di sicurezza pubblica. Anche la giurisprudenza amministrativa riconosce la connotazione dell'istituto quale misura di carattere straordinario per fronteggiare una emergenza straordinaria», Consiglio di Stato 126/2013.

nei confronti dell'organo disciolto l'addebito per aver subito indebiti condizionamenti o ingerenze<sup>38</sup>. Essa è applicabile – aggiunse - solo in presenza di situazioni di fatto evidenti e quindi necessariamente suffragate da obiettive risultanze che rendano attendibili le ipotesi di collusioni, anche indirette, degli organi elettivi con la criminalità organizzata sì da rendere pregiudizievole per i legittimi interessi della comunità locale il permanere di quegli organi alla guida degli enti esponenziali di esse [...]».

Alla pronuncia del Giudice delle Leggi non sembra essersi adeguata la giurisprudenza amministrativa che, negli anni successivi, ha piuttosto omesso di attribuirsi un sindacato “forte” sulla ricostruzione dei fatti per come contenuti nella relazione prefettizia, assegnando piuttosto all'istituto (in controtendenza al *dictum* della Corte) la natura giuridica tipica delle misure di prevenzione<sup>39</sup>; rifiutandosi – tra l'altro - di riproporre la *quaestio* alla Corte.

Alla sopravvivenza di alcuni dubbi – lasciati irrisolti dal *decisum* e, soprattutto avvalorati dall'interpretazione datane di lì in poi dalla giurisprudenza amministrativa - se ne sono aggiunti altri derivanti dal mutamento – come anticipato - della legislazione entro cui l'istituto è chiamato ad operare. Ciò, nonostante alcuni ritocchi via via compiuti dal legislatore.

È mutato notevolmente il ruolo del Consiglio comunale che non è organo di amministrazione attiva<sup>40</sup> avendo acquisito sempre più i caratteri dell'organo di controllo e di indirizzo ma che continua, ciò nonostante, ad essere il diretto e principale destinatario della misura dissolutiva quand'anche a subire l'influenza e/o il condizionamento della criminalità, ovvero quando i collegamenti, diretti o indiretti, siano piuttosto imputabili al Sindaco o ad un componente della Giunta.

---

<sup>38</sup> La Corte, invero, ne diede una lettura costituzionalmente conforme anche alla luce della Circolare del Ministero degli Interni n. 7202 M/6 del 25 giugno 1991 nella quale si affermava che «dagli “elementi” oggetto di valutazione deve emergere chiaramente il determinarsi di uno stato di fatto nel quale il procedimento di formazione della volontà degli amministratori subisca alterazioni per effetto dell'interferenza di fattori, esterni al quadro degli interessi locali, riconducibili alla criminalità organizzata». Ragguardevole la motivazione nella parte in cui è rigettata la presunta incostituzionalità per violazione dell'articolo 97 rispetto alla mancata previsione del diritto al contraddittorio nei cui confronti il provvedimento è chiamato ad operare. «La mancanza di tale previsione nel procedimento amministrativo relativo alle ipotesi di scioglimento appare giustificata dalla loro peculiarità [...]. Un'evenienza che esige interventi rapidi e decisi il che esclude che possa ravvisarsi l'asserito contrasto con l'articolo 97 della Costituzione dato che la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali fra i quali, secondo la giurisprudenza di questa Corte, non è compreso quello del “giusto procedimento” dato che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionale dagli artt. 24 e 113 della Costituzione».

<sup>39</sup> Consiglio di Stato, III, 28 maggio 2013 n. 2895; Consiglio di Stato 2 maggio 2016 n. 1662 che ha espressamente sancito, in contrasto con il *decisum* della Corte, che «lo scioglimento del Consiglio Comunale per infiltrazioni mafiose ai sensi dell'articolo 143 TUEL non ha natura di provvedimento di tipo sanzionatorio ma preventivo con la conseguenza che ai fini della sua adozione è sufficiente la presenza di elementi che consentano di individuare la sussistenza di un rapporto tra l'organizzazione mafiosa e gli amministratori dell'ente considerato infiltrato». E, ancora, «il provvedimento di scioglimento del Consiglio Comunale per infiltrazioni mafiose, di cui agli artt. 143 e ss. del D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, è un provvedimento di carattere straordinario che non ha natura sanzionatoria, ma preventiva; ciò comporta che, quale presupposto, si richiede solo la presenza di elementi su collegamenti o forme di condizionamento che consentano di individuare la sussistenza di un rapporto fra gli amministratori e la criminalità organizzata, né in forme di responsabilità personali, anche penali, degli amministratori». Così Consiglio di Stato, 17 luglio 2012 n. 1266. Sulla natura di misura di prevenzione *ex multis* Consiglio di Stato, 26 novembre 2007 n. 6040; Consiglio di Stato, 5 marzo 2007 n. 1004; Consiglio di Stato VI, 17 luglio 2004 n. 5157. Dello stesso tenore, più recente Consiglio di Stato, III, 22 settembre 2020 n. 5548 secondo cui «la misura dello scioglimento risponde ad un'esigenza di prevenzione anticipata di fronte alla minaccia della criminalità organizzata e si connota quale misura di carattere straordinario per fronteggiare una emergenza straordinaria; di conseguenza sono giustificati margini ampi della potestà di apprezzamento dell'amministrazione nel valutare gli elementi sui collegamenti diretti o indiretti [...]».

<sup>40</sup> Nonostante il D.lgs. 165/2001.

È mutato il ruolo e la legittimazione (con l'acquisizione di un protagonismo nell'esercizio del potere di indirizzo) del primo cittadino che, rispetto al 1991, non è più eletto dal Consiglio Comunale, a conferma del subalterno ruolo assunto dall'organo di consiliare.<sup>41</sup>

Si è irrobustita la netta separazione tra potere gestionale e di indirizzo politico, circostanza che, tuttavia, sembra essere stata recepita dal legislatore del 2009 e del 2018; è intervenuto il D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (c.d. Codice antimafia) e la Legge 6 novembre 2012 n. 190 (in materia di anticorruzione e trasparenza) che ha contribuito a mutare l'assetto primordiale secondo cui la P.A. da struttura esente e, in linea di principio, impermeabile ai fenomeni corruttivi, diventa struttura tendenzialmente permeabile e a rischio infiltrazioni e/o corruzione. Mutamento che ha onerato, la stessa all'adozione di innumerevoli misure di prevenzione rispetto al potenziale instaurarsi di fenomeni corruttivi o di *maladministration*<sup>42</sup>.

Questioni, quelle appena elencate, che inducono a ritenere pressante l'esigenza di una riflessione dogmatica dell'istituto. E a cui si aggiungono gli inquietanti risultati – sotto il profilo politico - della *Relazione* della Commissione parlamentare che, più di altri<sup>43</sup>, rischiano di gettare ombre sulle ipotesi di ricorso alla misura e sulle condizioni richieste ai fini della sua applicazione.

Rischi avvalorati della natura giuridica dell'atto – e dai limiti del controllo su questo esercitabili - che sancisce la dissoluzione dell'Organo consiliare e, per l'effetto, di tutti gli Organi dell'Ente.

Il provvedimento di scioglimento, infatti, si annovera tra gli atti di alta amministrazione seppure «connotato anche da una significativa valenza politica»<sup>44</sup> rispetto al quale il sindacato di legittimità è di tipo estrinseco, limitato alle sole ipotesi di travisamento dei fatti e manifesta illogicità della motivazione.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> M. MAGRI, op.cit. definisce il consigliere comunale, con tutti i suoi poteri di accesso e informazione, «l'ultimo baluardo del controllo civico sull'attività dell'esecutivo e della amministrazione da esso diretta».

<sup>42</sup> La legge 6 novembre 2012 n. 190 recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», pubblicata in G.U. del 13 novembre 2012 n. 163, ha altresì, modificato l'articolo 318 del c.p. modificando la struttura della c.d. corruzione impropria; ha introdotto, nell'ordinamento, l'articolo 346 *bis* c.p. ovvero il reato di traffico di influenze illecite; ha assegnato al Governo il compito di redigere un Codice etico per i dipendenti pubblici e ha previsto che ogni P.A. si doti, aggiornandolo ogni anno, di un Piano Anticorruzione.

<sup>43</sup> Anche la vicenda Mafia capitale ha suscitato notevoli dubbi in ordine alla oggettiva applicazione della misura.

<sup>44</sup> Consiglio di Stato, sez. III, 6 marzo 2012 n. 1266. La Corte Cost. piuttosto aveva precisato, in via preliminare che il provvedimento amministrativo di scioglimento non configurava un atto di natura politica, bensì un atto di alta amministrazione. Gli atti politici sono infatti, a norma dell'articolo 31 del T.U. 26 giugno 1924 n. 1054 (ora abrogato e sostituito dall'articolo 7, comma 1, del c.p.a.) insuscettibili di sindacato giurisdizionale. Essi possono essere emanati soltanto dall'Amministrazione Centrale, in quanto preordinata alla tutela degli interessi unitari e indivisibili dello Stato. La dottrina tradizionale, tra cui Sandulli, li qualifica come «quella tipologia di atti in cui si estrinseca l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e di controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca». Gli atti di Alta amministrazione, invece, costituiscono una speciale categoria di atti amministrativi in grado di raccordare la funzione di governo e dalla amministrativa. Sulla distinzione tra atti politici e atti di alta amministrazione si veda R. JUSO, Lineamenti di giustizia amministrativa (a cura di R. ROLLI), Milano, 2012, pagg. 300 e ss.

<sup>45</sup> Consiglio di Stato, III, 3 giugno 2016 n. 2454; Consiglio di Stato, III, 2 maggio 2016 n. 1662; Consiglio di Stato, III, 25 gennaio 2016 n. 256. Contrariamente a quanto aveva espressamente dichiarato la Corte Costituzionale con la sentenza n. 103/1993 secondo cui il Giudice amministrativo ha il dovere di esercitare un sindacato forte sulla ricostruzione dei fatti operata dal Governo. Sul punto, T. GROPPI, «Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per collegamento mafioso», op.cit.



Provvedimento che mette a dura prova (per le sue caratteristiche e per il limitato controllo giurisdizionale esercitabile) i consolidati principi di legalità, imparzialità e buon andamento della P.A. rispetto ai quali “la valenza politica” dello scioglimento non può che porsi in controtendenza.<sup>46</sup>

Provvedimento, infine, il cui contenuto e le cui motivazioni sono frutto esclusivo dell’indagine della Commissione nominata dal Prefetto.<sup>47</sup> Indagine condotta in assenza di contraddittorio<sup>48</sup> e le cui risultanze restano ignote per i casi di archiviazione.<sup>49</sup> Circostanza, quest’ultima, che letta in combinato alla *valenza politica* e all’ampia discrezionalità riconosciuta al governo non può che alimentare perplessità sulla sua oggettiva applicazione.

#### 4. Sulla efficacia. Altre brevi considerazioni.

A supportare ulteriormente l’opportunità di avviare una seria riflessione sull’istituto, si aggiungono ulteriori circostanze.

I dati statistici indicano oltre che il progressivo aumento<sup>50</sup> dei Comuni “colpiti”, la circostanza per la quale la misura è stata adottata prevalentemente per Comuni con popolazione inferiore ai 50.000 abitanti.

---

<sup>46</sup> M. MAGRI, op.cit., pagg. 77 e ss. A conferma dei margini, particolarmente ampi, della potestà di apprezzamento di cui fruisce l’Amministrazione statale nel valutare gli elementi su collegamenti diretti o indiretti, o su forme di condizionamento rispetto ai quali trovano peso situazioni non traducibili in episodici addebiti personali, ma tali da rendere nel loro insieme plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell’esperienza l’ipotesi di una soggezione alla criminalità. Si veda sentenza Consiglio di Stato n. 1547/2011. Detta ultima considerazione suffraga il ruolo dell’istituto a misura di prevenzione come pacificamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, III, 11 ottobre 2019 n. 6918; 10 gennaio 2018 n. 96 e da ultimo con la sentenza del 24 giugno 2020 n. 4074).

<sup>47</sup> Di interesse, sul punto, la recente pronuncia della giustizia amministrativa che ha chiarito la distinzione tra la natura formale e sostanziale del provvedimento. Interrogata sulla eccezione sollevata in giudizio, in ordine al difetto di legittimazione passiva del Presidente della Repubblica a cui è imputato il provvedimento definitivo di dissoluzione, ha precisato che «nel caso di impugnazione di atti emananti nella forma del D.P.R., assunto non nell’esercizio di poteri riconducibili a quelli amministrativi e politici non liberi nei fini, ma piuttosto, nell’esercizio di un potere neutrale di garanzia e controllo di rilievo costituzionale su atti di altri organi o autorità, la legittimazione passiva deve essere riconosciuta non già al Presidente della Repubblica, bensì all’autorità il cui atto è fatto oggetto di controllo presidenziale e alla quale spetta la qualifica di Autorità permanente» (Consiglio di Stato 24 giugno 2020 n. 4074).

<sup>48</sup> Si dica che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che la mancata previsione della possibilità per l’interessato di intervenire nel corso del procedimento non determini alcun contrasto con l’articolo 97 della Costituzione né tantomeno con le garanzie sancite nella L. 7 agosto 1990 n. 241. In questi termini Consiglio di Stato n. 5878/2005; Consiglio di Stato n. 1222/2007. Di recente, inoltre, il Giudice amministrativo ha ritenuto integro il contraddittorio poiché «in sede di accesso la Commissione nominata dal prefetto effettua una indagine proprio al fine di verificare la esistenza di elementi concreti, univoci e rilevanti su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità [...]. La nomina, che viene resa nota della Commissione consente dunque agli interessati di presentare elementi atti a dimostrare la regolarità dell’attività posta in essere dalla compagine amministrativa dell’Ente» (Consiglio di Stato 24 giugno 2020 n. 4074).

<sup>49</sup> Si pensi alla inusuale (e inaspettata) definizione che ha riguardato il Comune di Roma dove, con l’inchiesta c.d. “Mafia Capitale” nonostante la copiosa presenza di elementi utili a far supporre intensi rapporti tra esponenti politici dell’Assemblea Capitolina e ritenuti affiliati alla consorteria, oltre che una profonda permeabilità della Amministrazione rispetto a fenomeni corruttivi, l’allora Prefetto di Roma Capitale con la relazione conclusiva allegata al D.P.R. 27 agosto 2015 - discostandosi dalle conclusioni della Commissione incaricata all’indagine - ritenne di non suggerire – per ragioni sconosciute poiché pressoché integralmente coperte da *omissis* - all’allora Ministro degli Interni la dissoluzione del Consiglio limitandosi, piuttosto, a suggerire misure alternative, quali la sospensione del Segretario Generale dell’Ente, di alcuni dirigenti amministrativi e l’avvio del commissariamento per taluni Municipi di Roma Capitale. Una vicenda che ha dimostrato in limiti della disposizione posto che è stata “applicata a metà”.

<sup>50</sup> A far data dal 2017 si è assistito ad un notevole incremento dell’avvio di procedimenti per lo scioglimento dell’Ente. Segnatamente, 26 gli Enti coinvolti nel 2017; 43 quelli coinvolti nel 2018; 47 quelli coinvolti nel 2019; già 8 quelli coinvolti nei primi mesi del 2020. I dati sono reperibili su [www.avvisopubblico.it](http://www.avvisopubblico.it).

Dato, quest'ultimo, che – come sembra scorgersi dalla lettura di alcune relazioni di accompagnamento - incide sulla individuazione degli indici sintomatici posti dal Prefetto a supporto della proposta di scioglimento.<sup>51</sup>

Infatti, il contesto ambientale in cui si insedia l'Ente e le relazioni (o i semplici incontri occasionali tra amministratori e soggetti criminali) sono sempre ricondotti tra gli elementi *diretti, univoci e concreti*, a sostegno dello scioglimento.

I dati, infine, descrivono il diffuso reitero della sua applicazione<sup>52</sup>. Tale circostanza induce a dubitare – come hanno fatto in molti – sull'efficacia dello scioglimento e, più propriamente, sulla inidoneità della parentesi commissariale (di Commissari nominati dallo Stato tra funzionari già impegnati in altre Amministrazioni) a raggiungere l'obiettivo prefissato.<sup>53</sup>

## 5. La incandidabilità per i soggetti ritenuti responsabili.

Come anticipato, fin dalla sua origine il disposto normativo comminava ai soggetti titolari di cariche elettive – ritenuti responsabili dello scioglimento - una misura di tipo interdittivo. Era loro escluso il diritto di ricandidarsi alle elezioni amministrative, provinciali e regionali nel turno successivo allo scioglimento.

Con Legge di conversione del D.L. 4 ottobre 2018 n. 113, il legislatore è intervenuto a inasprimento del regime di non candidabilità già sancito.

All'avvenuto scioglimento dell'organo consiliare, nei confronti degli amministratori citati nella relazione – poiché individuati responsabili della misura – è disposto un ulteriore procedimento, che si svolge innanzi al Giudice civile, su istanza del Ministero degli Interni

La sentenza di non candidabilità produce effetti per i due turni successivi (e non per uno solo) e per qualunque competizione elettorale (non solo per quelle amministrative).

Anche su quest'altro fronte non v'è chi non abbia rilevato dubbi.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> In particolare, ogni relazione parte da un dato che è individuato nel contesto ambientale. In molte relazioni prefettizie questo viene descritto facendo ricorso ai dati di presenza sul territorio di fenomeni di criminalità. Elencando le cosche, le famiglie e l'assetto organizzativo della consorteria mafiosa che incide sull'economia del territorio. Analisi che certamente assume maggiore evidenza nei centri con poche migliaia di abitanti.

<sup>52</sup> Dall'introduzione nell'ordinamento dell'istituto, sono stati destinatari dello scioglimento di cui all'articolo 143 T.U.E.L.322 Enti quasi esclusivamente nelle Regioni del meridione italiano e 68 sono stati gli Enti sottoposti a più di uno scioglimento.

<sup>53</sup> «*Neppure vi sono evidenze che la criminalità organizzata trovi nel potere del governo un ostacolo serio, donde il passo è breve al sospetto che il decreto di scioglimento sia solo la superficie di un più ambizioso progetto di ripristino del governo locale, nel quale possono mescolarsi obiettivi di risanamento del tessuto sociale, economico, culturale, diversi da quelli perseguiti dall'articolo 143*», M. MAGRI, op. cit.

Le conclusioni del rapporto dal titolo "Per una moderna politica antimafia", redatto dalla Commissione nominata dal Governo Letta con Decreto del 7 giugno 2013 fanno emergere i limiti, in termini di efficacia, dell'istituto. Nella Rapporto si suggerisce "la centralizzazione delle procedure di aggiudicazione degli enti locali disciolti; dar vita ad un novero di commissari straordinari professionisti".

<sup>54</sup> R. CANTONE, P. PARISI, *Incandidabilità degli amministratori responsabili dello scioglimento di un ente locale per infiltrazioni mafiose*, in Giorn. dir. amm., 2015, 768. Un ulteriore profilo critico riguarda il procedimento a mezzo del quale il Giudice civile è

La sancita ipotesi di non candidabilità appare mal conciliarsi con i casi indicati al D.lgs. 235 del 2012 – norma attuativa della L. 190 del 2012 - con la quale il legislatore è intervenuto a riordino delle ipotesi di incandidabilità.

Infatti, seppure l'articolo 16 del D.lgs. richiama l'ipotesi di cui all'articolo 143 del T.U.E.L. ai fini dell'applicazione delle disposizioni contenute della parte iniziale del testo, non può non rilevarsi – anche alla luce della pratica applicazione – che a fronte del grado di accertamento richiesto per una condanna definitiva o per un provvedimento definitivo applicativo di una misura di prevenzione, l'accertamento condotto in sede di civile *ex* articolo 143 appare assai più fluido e fondato esclusivamente sulle conclusioni contenute nella Relazione con ciò arrivando a dichiarare la non candidabilità di soggetti nei cui confronti mai si è pervenuti a sentenza di condanna o, peggio ancora, nei cui confronti mai sia stata esercitata l'azione penale.

Trattamento, quindi, che esprime tutta la sua irragionevolezza e che sancisce un trattamento nei confronti degli amministratori (anche quando assolti o mai indagati) pari a quello applicato a chi sia stato condannato con sentenza definitiva per reati particolarmente offensivi.<sup>55</sup>

Infine, e per di più, la recente modifica - che aumenta da uno a due turni elettorali l'impossibilità a candidarsi - sembra porsi in aperto contrasto con il carattere della temporaneità della misura a maggior ragione quando l'amministratore coinvolto sia stato prosciolto, assolto o mai perseguito penalmente.

Non di rado, infatti, alcun giudicato di condanna ha colpito il soggetto dichiarato responsabile dello scioglimento e non si comprende, per quale ragione – fatta salva l'esigenza cautelare – anche a seguito di una sentenza di assoluzione o proscioglimento costui dovrebbe subire una limitazione così invasiva del proprio diritto di elettorato passivo.<sup>56</sup>

---

chiamato a decidere sulla non candidabilità. Unica previsione il rinvio, ove compatibili, alle procedure di cui al libro IV, titolo II, capo VI (artt. 737 e ss.) del codice di procedura civile.

A questo proposito la giurisprudenza ha avuto posizioni divergenti sia con riferimento ai requisiti dell'atto introduttivo del giudizio, sia sulle forme del procedimento e sul rispetto del contraddittorio. E, ancora, sul profilo desumibile dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 235 del 2014, che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 666, comma 3, 678, comma 1 e 679 comma 1 c.p.p. nella parte in cui non consentivano che il procedimento di applicazione della misura di sicurezza si svolgesse, su istanza di parte, nella forma della pubblica udienza, potrebbe porsi un dubbio in ordine alla legittimità del giudizio nella forma della Camera di Consiglio.

<sup>55</sup> Ancora, la non candidabilità di cui all'articolo 143 co. 11 del T.U.E.L. si applica ai soggetti ritenuti responsabili quand'anche nei loro confronti non sia stato avviato un procedimento penale o non vi siano le condizioni per l'applicazione delle misure di prevenzione. È riservato loro un trattamento che anticipa ampiamente la soglia di "difesa sociale" e di "punibilità" del destinatario affidandolo a valutazioni di consistenza inferiore a quelle compiute ai fini della applicabilità delle misure di prevenzione.

<sup>56</sup> Il caso che ha riguardato il Comune di Scicli è significativo. Il Sindaco, rinviato a giudizio, fu assolto con una sentenza dai toni perentori. Il Tribunale dichiarò: *è inaudito che il processo abbia potuto superare la fase delle Udienze preliminari*, Tribunale penale di Ragusa, 11 luglio 2016 n. 4122. Ciò nonostante, e nonostante quindi l'assoluta infondatezza della tesi accusatoria, al Sindaco fu condannato, in sede civile, alla incandidabilità.

## 6. Conclusioni.

Alle riflessioni innanzi esposte e a ulteriore conferma dell'occorrenza di un intervento normativo che, in modo organico e complessivo, rifletta sull'intera disciplina dello scioglimento dei Consigli comunali e provinciali vengono in soccorso le numerose proposte di legge depositate, alcune anche di iniziativa popolare<sup>57</sup>, presso le Camere parlamentari.

Il recente intervento normativo – ritenuto in origine utile ad armonizzare e ridurre i profili critici dell'istituto<sup>58</sup> – non sembra aver raggiunto l'obiettivo.

La facoltà, posta in capo al Prefetto, di adottare “specifiche misure”, nei casi di “situazioni sintomatiche di condotte illecite, gravi e reiterate” non appare circostanziata, né chiaro il caso in cui il Prefetto, residualmente, possa ricorrervi. Conclusione confermata dal Giudice delle leggi che ha dichiarato, con la sentenza resa il 25 luglio 2019 n. 113, l'incostituzionalità del comma 7 *bis* dell'articolo 143 T.U.E.L. per violazione - nella facoltà concessa al Prefetto di esercitare un potere sostitutivo - dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli Enti locali.

A ciò si aggiungono, i rilievi sollevati dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali che ha espressamente evidenziato la fragilità della figura commissariale osservando che «di sovente, la sua attività è circoscritta alla revoca degli atti emanati dagli organi colpiti dal decreto di scioglimento o, al massimo, al ripristino della situazione preesistente; gestioni quasi mai distinte per l'azione propulsiva e di proposta tesa al recupero effettivo delle condizioni generali dell'azione amministrativa secondo il dettato della Carta Costituzionale»<sup>59</sup>.

A queste riflessioni, risalenti in effetti, si aggiunge la recente relazione della Commissione d'inchiesta del parlamento regionale siciliano da cui sembra emergere, piuttosto, l'esigenza di tornare a meditare sulla discrezionalità concessa al governo nell'adozione della misura che, com'è stato detto, non richiede specifici riferimenti traducibili in addebiti personali, ma la semplice idoneità, discrezionalmente valutata, a rendere plausibile la presunta soggezione degli amministratori alla criminalità organizzata ma che, in virtù di detta ampiezza, sembra essere stata utilizzata non già al fine di anticipare, pure eccessivamente,

---

<sup>57</sup> Di recente il Partito Radicale ha depositato una proposta di modifica dell'istituto consultabile al seguente indirizzo <https://www.partitoradicale.it/wp-content/uploads/2018/06/2018-proposta-di-legge-Partito-Radicale-6-scioglimento-dei-comuni-per-mafia-solo-testo.pdf>.

<sup>58</sup> L'articolo 28 comma 1 del D.L. 4 ottobre 2018 n. 113 convertito con legge 1 dicembre 2018 n. 132 che ha introdotto il comma 7 *bis* ha suscitato qualche dubbio in ordine alle misure da adottarsi nei casi in cui non vi siano le condizioni per dar seguito allo scioglimento. Con sentenza 24 luglio 2019 n. 195 la Corte Costituzionale ne ha dichiarato la illegittimità sul presupposto che l'esercizio del potere sostitutivo del Prefetto nei confronti degli Enti locali si porrebbe in violazione dell'autonomia loro costituzionalmente riconosciuta.

<sup>59</sup> Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare (XIV legislatura), Seduta del 12 luglio 2005, «Documento di sintesi della discussione sulle problematiche concernenti la normativa sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso», in Atti della Commissione, 2005. Tra le proposte di legge, assecondate da alcuna parte della dottrina, vi è quella di creare un albo ad hoc di commissari da destinare alle varie zone di Italia in cui viene sciolto un Comune.

la soglia di difesa sociale nei confronti del bene giuridico che l'istituto è diretto a preservare, ma piuttosto a perseguire finalità differenti, finanche "distorte" sapientemente nascoste dal paravento dell'antimafia. Preoccupazione – quella della Commissione – che rievoca alla mente (richiamando le conclusioni cui perviene M. Magri<sup>60</sup>) l'ammonimento e il timore che Leonardo Sciascia<sup>61</sup> – traendo spunto da un lavoro storiografico sulla mafia durante il fascismo – ebbe a sollevare ritenendo che non possiamo considerarci al riparo da un fenomeno che la nostra mentalità tende per sua natura a lasciare in ombra «l'antimafia come strumento di potere. Che può benissimo accadere anche in un sistema democratico, retorica aiutando e spirito critico mancando».

---

<sup>60</sup> M. Magri, op.cit.

<sup>61</sup> L. Sciascia, Corriere della Sera 10 gennaio 1987, *I professionisti dell'antimafia*. Conclusione cui perviene, altresì, M. Magri, op.cit.



# RSD

## Rivista Semestrale di Diritto

ISSN 2724-2862

*Articolo scientifico sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 3 del Regolamento della Rivista*

### **L'apertura della Corte Costituzionale alla società civile. Alcuni spunti di riflessione.**

A cura di **Dott. Andrea Persichillo**<sup>1</sup>

#### **ABSTRACT**

A Gennaio scorso la Corte Costituzionale, con un comunicato stampa, annunciava una “apertura alla società civile” introducendo nuovi strumenti partecipativi al giudizio costituzionale. Successivamente tali innovazioni hanno ricevuto una cristallizzazione nella riforma delle norme integrative al giudizio costituzionale, pubblicate sulla G. U. del 22 gennaio 2020.

Il presente saggio, partendo proprio dalle nuove norme che governeranno il processo innanzi alla Consulta, si prefigge tre compiti. Nella prima parte del lavoro, dopo un breve premessa sulle varie sollecitazioni che la Corte Costituzionale ha dovuto affrontare negli ultimi anni, si analizzerà l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale sull'ampliamento partecipativo del giudizio costituzionale.

In tale sede verrà evidenziato come, nonostante l'iniziale riluttanza verso contributi esterni manifestata dalla giurisprudenza costituzionale maggioritaria tra gli anni '60 e '70, la volontà di dialogo con il mondo sociale e culturale – grazie al contributo accademico – ha progressivamente sostituito l'idea di un processo “chiuso” come testimoniato, tra l'altro da alcuni (sparuti) interventi di terzi tra gli anni '80 e '90.

Nella seconda parte, invece, saranno scandagliate le nuove norme integrative le quali, sotto la generica formula “apertura alla società civile”, disciplinano varie innovative figure ammesse a partecipare al processo costituzionale: si tratta degli intervenienti, degli *amici curiae* e degli esperti.

Nell'ultima parte del lavoro saranno delineate alcune criticità che affiorano dal testo legislativo novellato – specialmente per quanto attiene agli *amici curiae* e agli esperti – e, sulla loro base, si svolgeranno alcune considerazioni conclusive incentrate anche sul ruolo delle norme processuali nel giudizio costituzionale.

---

<sup>1</sup> Andrea Persichillo si laurea in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi del Molise summa cum laude con tesi in diritto costituzionale. Ha frequentato il Master in Tech Law & Digital Transformation organizzato da TopLegal Academy (marzo - maggio 2020) ed ha conseguito il Master di II livello in Scienze della Pubblica Amministrazione presso l'Università degli Studi G. Marconi di Roma col massimo dei voti. Ha concluso con esito positivo il tirocinio forense ed è tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso la Corte d'appello di Campobasso,

## **ABSTRACT**

Last January the Italian Constitutional Court, with a press release, announced an "opening to civil society", introducing new participatory tools in the constitutional judgment. Afterwards, these innovations received a crystallization in the reform of the "Norme integrative al giudizio costituzionale", published in the G. U. of the 22 January 2020.

This essay, starting from the new rules that will govern the process in front of the Italian Constitutional Court, has three tasks. In the first part of the work, after a brief introduction on the various requests that the Constitutional Court has had to face in recent years, there will be an analysis of the jurisprudential and doctrinal evolution on the participatory expansion of the constitutional judgment.

During the first part of the work will be highlighted how, although the initial reluctance towards external contributions manifested by the most constitutional jurisprudence from 60s to 70s, the desire to dialogue with the social and cultural world – thanks to the academic contribution – has gradually replaced the idea of a 'closed' judgement, as evidenced by some (small) interventions by third parties between during the 80s and the 90s.

In the second part, the new "Norme integrative" will be investigated because, under the generic formula "opening to civil society", there are various innovative figures admitted to participate in the constitutional process: interveners, amici curiae and experts.

In the last part of the work, some critical issues that emerge from the new legislative text will be outlined – especially regarding amici curiae and experts – and, on their basis, there will be some conclusive considerations centered on the role of procedural rules in the constitutional judgment.

## **PAROLE CHIAVE**

Norme integrative, *amici curiae*, intervento, diritto processuale costituzionale, riforma

**Sommario:** 1. Inquadramento generale - 2. Il giudizio costituzionale ed i terzi: evoluzione giurisprudenziale... - 2.1. Segue: e dottrinale - 2.2. Recenti innovazioni - 3. Una naturale evoluzione: le nuove norme integrative - 3.1. Gli intervenienti - 3.2. *Amici curiae* ed esperti - 3.3. Alcune criticità emergenti della riforma - 4. Considerazioni conclusive



## 1. Inquadramento generale

Come è noto, la rigidità della Costituzione italiana ha comportato la previsione di un organo cui è stato conferito il potere di sindacare la conformità dell'opera legislativa con i principi enucleati nella Carta fondamentale<sup>2</sup>. È stata, di conseguenza, istituita un'apposita Corte, entrata in funzione nel 1956 e disciplinata, oltre che dal Tit. VI Sez. I della Carta, anche dalle leggi costituzionali nn. 1 del 1948 e del 1953.<sup>3</sup>

Le modalità per adire la Consulta sono rimaste invariate durante gli oltre sessant'anni di sua attività: un giudizio in via d'azione o principale – promosso dal Governo ed avente ad oggetto essenzialmente leggi regionali – uno in via incidentale – che scaturisce «nel corso di un giudizio dinanzi a un'autorità giurisdizionale»<sup>4</sup> – uno in materia referendaria e, infine, un giudizio sulle accuse promosse nei confronti del Capo dello Stato. Nonostante ciò, una lenta evoluzione ha solcato, da un lato, lo statuto e la posizione della Corte Costituzionale nel sistema italiano e, dall'altro, il processo costituzionale stesso.

Se, infatti, nel 1948, la Consulta assurgeva al ruolo di massimo organo giurisprudenziale italiano, tale collocazione, oggi, non può più essere confermata acriticamente. Dati empirici e notori, infatti, ci restituiscono: *i*) un caleidoscopio di Tribunali e Corti, soprattutto sovranazionali, con cui la Corte Costituzionale continua (tra alti e bassi) a confrontarsi e scontrarsi; *ii*) l'irresistibile ascesa di 'nuove' istanze sociali; *iii*) la possibilità per i giudici comuni e per la Corte Costituzionale stessa di adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella forma del rinvio pregiudiziale ex art. 367 TFUE; *iv*) la progressiva apertura del giudizio costituzionale a soggetti originariamente esclusi poiché privi dello *status* di 'parte' nel giudizio *a quo*.

Tutti i fenomeni ricordati sono di indubbio interesse ma, all'inizio dell'anno, si è assistito ad un deciso progresso sull'ultimo aspetto, tra quelli elencati, ossia l'apertura della Consulta alla società civile tramite una riforma delle norme integrative.

Tale fenomeno non è cambiamento radicale ed imprevisto del giudizio costituzionale. Al contrario, si tratta di un tema ricorrente in dottrina e giurisprudenza, come testimoniato, ad esempio, dalla

---

<sup>2</sup> Sulla relazione tra rigidità delle Carte Costituzionali e, in generale, sulla previsione di organismi giurisdizionali in grado di caducare leggi ed atti aventi forza di legge, cfr., *ex multis*, T. Martines, *Diritto costituzionale* (a cura di G. Silvestri) Giuffrè, Milano, 2011, p. 309, per il quale «il carattere rigido di una costituzione richiede che le sue norme vengano garantite contro possibili violazioni operate dal legislatore ordinario» e, da ultimo, G. Zagrebelsky, V. Mercenò, *Giustizia Costituzionale I, Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 26 e ss. Scrivono, infatti, gli Aa. che «l'introduzione [nei sistemi anglosassoni] di sistemi di giustizia costituzionale alternativi al *judicial review*, quali quelli di matrice europea, (...) è stata caldeggiata, precisamente, anche allo scopo di contrastare la tendenza spontanea all'autoinvestitura di quel potere di sindacato sulla legge da parte dei giudici comuni».

<sup>3</sup> Si tratta, rispettivamente, dalla L. Cost. n. 1 del 9 febbraio 1948 recante "Norme sui giudizi di legittimità costituzionale" e della successiva L. Cost. n. 1 dell'11 marzo 1953, contenente "Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte Costituzionale".

<sup>4</sup> Art. 23 L. Cost. n. 1/53.

sedimentazione di autorevoli opinioni sul punto e da una serie di decisioni della Consulta che si spandono dagli anni '80 per arrivare ai nostri giorni.

Già quando si discusse dell'ampliamento del processo costituzionale nel giudizio sui referendum<sup>5</sup>, infatti, la dottrina più accorta aveva segnalato come i principi ivi espressi potevano essere utilizzati per il giudizio costituzionale nel suo complesso<sup>6</sup>. Tali posizioni, inoltre, avevano trovato conferma nell'evoluzione dei processi civili, penali e amministrativi, ove la partecipazione di soggetti – a vario titolo – diversi dalle parti “in senso stretto” è uno tra i pilastri su cui poggia il cd. giusto processo, cristallizzato nell'art. 111 Cost. La lenta e tortuosa evoluzione della Corte Costituzionale, caldeggiata da una parte sempre più ampia della dottrina<sup>7</sup>, è culminata con la già citata modifica alle norme integrative, dapprima annunciata con un comunicato stampa lo scorso undici gennaio<sup>8</sup> e, poi, seguita dalla pubblicazione, nella G. U. del 22 gennaio 2020, dei testi completi dei nuovi artt. 4-bis, 4-ter e 14-bis, della modifica all'art. 16 e dei necessari coordinamenti negli artt. 23, 24 e 25.

Scopo del presente contributo sarà, perciò, quello di tracciare anzitutto un quadro complessivo dell'evoluzione in dottrina ed in giurisprudenza sulla materia dell'ampliamento soggettivo del giudizio costituzionale, dando conto delle diverse innovazioni che si sono avute. In seguito si procederà ad illustrare il contenuto degli articoli novellati ovvero inseriti *ex novo* tra le norme integrative. Si proseguirà, poi, ad un'analisi critica della riforma, finalizzata a far emergere alcuni aspetti “in chiaroscuro” e, infine, si trarranno alcune considerazioni conclusive.

## 2. Il giudizio costituzionale ed i terzi: evoluzione giurisprudenziale...

---

<sup>5</sup> Ci si riferisce alle sentenze del 7 febbraio 2000, nn. 31, 34, 36, 39, 41, 43, 45, 46, 47, 49 del 2000. Più in generale, sullo sdoganamento dell'intervento nei giudizi sull'ammissibilità dei referendum, cfr., ad abundantiam, le sentenze del 30 gennaio 2008, nn. 15, 16; le sentenze del 26 gennaio 2011, nn. 24, 25, 26, 27, 28; la sentenza del 24 gennaio 2012, n. 13; la sentenza del 27 gennaio 2015 n. 5 nonché, da ultimo, la recente sentenza del 31 gennaio 2020, n. 10 in materia di legge elettorale della Camera dei Deputati.

<sup>6</sup> Si esprime in tal senso F. Giuffrè, *La «forma» del contraddittorio dal giudizio di legittimità al sindacato di ammissibilità: la Corte apre ai «Comitati del NO», ma solo in quanto «amici»*, in *Giur. Cost.*, Fasc. 4/2000, 2995 ss. Secondo l'A., infatti, “il ripensamento espresso nella pronunzia richiamata [la n. 31 del 7 febbraio 2000] appare suscettibile di differenti interpretazioni: per un verso, infatti, potrebbe rappresentare una naturale applicazione dell'istituto processualciviltistico dell'intervento di terzo, atteso che il medesimo ha da qualche tempo fatto ingresso tra gli strumenti del giudizio costituzionale di legittimità; per altro verso, potrebbe essere letto come un richiamo alla differente figura processuale di tradizione anglosassone dell'*amicus curiae*”.

<sup>7</sup> Tra i sostenitori di un'evoluzione del giudizio costituzionale attento al *modus operandi* diffuso in altri ordinamenti nazionali e sovranazionali si ricordano, a titolo puramente esemplificativo, S. Cassese, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, Fasc. 1/2015, p. 21 ss.; T. Groppi, *Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia*, in *Rass. Parl.*, n. 1/2010, 37 ss.; A. Concaro, M. D'Amico, *Proposte di modifica alle norme integrative*, in G. Famiglietti et al, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Giappichelli, Torino, 2002, 454 ss.

<sup>8</sup> Il testo completo del comunicato stampa è disponibile al seguente link [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20200111093807.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200111093807.pdf)

Per molti anni ipotizzare un ruolo attivo per le parti del giudizio *a quo* richiedeva uno sforzo non indifferente. Ciò, con ogni evidenza, si rifletteva sulla posizione dei terzi, sia singoli sia organizzati in forme associative, che non erano neanche considerati nella dinamica processuale. Fin dall'ordinanza n. 25 del 5 dicembre 1956, infatti, la Consulta precisò come la limitazione dei soggetti ammessi al giudizio di costituzionalità «discendesse in maniera manifesta degli artt. 23 e 25, l. 11 marzo 1953, n. 87 e 2, 3 delle norme integrative, i quali attribuiscono la facoltà di costituirsi solo alle parti destinatarie della notifica dell'ordinanza di rinvio»<sup>9</sup>.

Peraltro, nonostante le parti private, previa notifica dell'ordinanza di rimessione, fossero ammesse, tale 'concessione' non portava in dote poteri processuali tali da incidere sulla *questio iuris* oggetto di discussione.

Era, perciò, logico concludere che «il giudizio di legittimità costituzionalità, pur ammettendo la partecipazione di parti private, si svolge al di sopra dei loro interessi».<sup>10</sup> Persino le parti private, dunque, che potevano sollecitare una rimessione alla Corte Costituzionale, parevano quasi un inutile orpello e, dopo l'instaurazione del giudizio, erano deputate ad un non meglio precisato ruolo collaborativo. Il loro contributo, all'atto pratico, era oscurato dal rapporto diretto tra Corte Costituzionale e giudici di merito, veri «coprotagonisti indiscussi del sistema di controllo di costituzionalità italiano, chiamati insieme ad animarlo interpretando ognuno la sua parte».<sup>11</sup>

Non stupisce, perciò, come, ancora in tempi recenti, le parti nel cui processo viene sollevata una questione di legittimità costituzionale siano ritenute «presenza non necessaria ai fini dello svolgimento e della conclusione del processo [innanzi la Corte Costituzionale]».<sup>12</sup>

Da tale considerazione discende che il giudizio costituzionale si possa ridurre ad un mero confronto dialogico tra autorità giudiziarie, ad un processo chiuso, statico, avente un oggetto (enucleato nell'ordinanza di rimessione) non modificabile, precisabile o integrabile.

Con una successiva sentenza, infatti, la Consulta precisò ancora (ed in modo inequivoco) come «l'oggetto del giudizio devoluto alla Corte deve trovare la sua configurazione e delimitazione nell'ordinanza con la quale l'autorità giudiziaria esercita il potere di iniziativa del processo incidentale di costituzionalità: iniziativa che, (...) non è condizionata dal modo in cui sia stata sollecitata da una domanda di parte.»<sup>13</sup>

Non stupisce, perciò, che autorevole dottrina<sup>14</sup>, sulla scorta del costante indirizzo giurisprudenziale poc'anzi ricordato e ribadito a cadenze costanti tra il 1956 e la fine degli anni '60, negasse ogni spazio per

---

<sup>9</sup> Così R. Romboli, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 110.

<sup>10</sup> Corte Cost., sent. 6 dicembre 1965, n. 75 (Punto 3 del Considerato in diritto).

<sup>11</sup> E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma – Bari, 2012, p. 4.

<sup>12</sup> M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale: studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 323.

<sup>13</sup> Corte cost., sent. 26 maggio 1966, n. 50 (Punto 2 del Considerato in diritto).

<sup>14</sup> *Ex multis* si ricordano M. S. Giannini, *Sull'intervento nel processo dinanzi alla Corte costituzionale (giudizi di legittimità costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1956, 240 ss. e V. Andrioli, *L'intervento nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, *ivi.*, 1957, 281 ss.

un ampliamento *ultra partes* del giudizio costituzionale. Alcune voci solitarie (ed accorte) nel panorama accademico, tuttavia, criticavano la posizione rigorista assunta dalla Corte Costituzionale, soprattutto per quanto riguardava il rifiuto opposto all'intervento di soggetti estranei al giudizio *a quo*.<sup>15</sup>

Le perplessità sollevate in dottrina non tardarono, tuttavia, a manifestarsi anche nella prassi: il monolitico orientamento della Consulta, infatti, si scontrò sia con l'indefettibile garanzia del contraddittorio – riconosciuto in maniera sempre più ampia a partire dalla sentenza del 26 gennaio 1972, n. 10<sup>16</sup> – sia con una circoscritta serie di 'concessioni' che la Corte stessa fece all'intervento dei terzi tra gli anni '80 e '90. Dal punto di vista prettamente cronologico, infatti, la prima pronuncia della Consulta ad ammettere *apertis verbis* la costituzione di soggetti terzi nel giudizio costituzionale incidentale fu la n. 20 del 19 gennaio 1982: «caso particolarissimo»<sup>17</sup> ed eccezionale, per alcuni; primo ripensamento della Corte Costituzionale, per altri<sup>18</sup>; «eccezione che conferma la regola»<sup>19</sup> per la Consulta stessa. Nonostante l'eccezionalità, giustificata dal caso concreto, nonché l'ampia, preliminare e necessaria precisazione fornita sul punto dalla Corte Costituzionale<sup>20</sup> - la quale contraddiceva un suo radicato indirizzo ed introduceva una palese deroga al regime fino ad allora seguito – a partire da tale sentenza le richieste di accesso al giudizio da parte da soggetti espressivi della società civile videro un significativo incremento.

Nel 1984 e nel 1988, infatti, si ebbero otto giudizi durante i quali fu rivolta una richiesta di intervento; nonostante ciò, tutti questi casi furono occasione per ribadire l'inammissibilità degli interventi di soggetti privati non costituiti nel giudizio *a quo*.<sup>21</sup> Proprio dagli anni '80, tuttavia, inizia a percepirsi un lento movimento tellurico sul tema, che vede il suo inizio con un cambiamento, per nulla marginale, della nozione di parte enucleata nella Norme integrative. Esemplificativa di tale cambiamento è la sentenza del

---

<sup>15</sup> C. Mezzanotte, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, 962 ss.

<sup>16</sup> Per una visione completa sull'evoluzione del contraddittorio nel giudizio incidentale di costituzionale, sia consentito il rinvio a F. Giuffrè, *La «forma» del contraddittorio dal giudizio di legittimità al sindacato di ammissibilità: la Corte apre ai «Comitati del NO», ma solo in quanto «amicis», in*, 2997 ss.

<sup>17</sup> G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 229.

<sup>18</sup> Cfr. R. Romboli, *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giur. Cost.*, 1992, 2607.

<sup>19</sup> Così si esprimono i giudici costituzionali nella successiva sent. n. 1 del 1984, Considerato in diritto § 2.

<sup>20</sup> Scrivono, infatti, i giudici (§ 3 del Considerato in diritto): «Nel giudizio promosso dalla ordinanza 18 giugno 1980 di questa Corte si sono costituiti i sigg. Sirio Lentini e Anacleto Cirenei [due professori universitari, N.d.T.], che non erano state parti nel giudizio che si svolgeva dinanzi al TAR del Lazio e nel corso del quale con la ordinanza 16 febbraio 1977 era stata sollevata questione di legittimità costituzionale del più volte citato art. 3 del D.L. 1 ottobre 1973, n. 580. Tale costituzione deve ritenersi ammissibile. La giurisprudenza della Corte ha invero ripetutamente escluso (ordinanze del 5 dicembre 1956; 31 ottobre 1962; 12 gennaio 1972; 4 luglio 1972) che possano costituirsi nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale soggetti che non erano state parti nel giudizio *a quo* ed in effetti tanto il Lentini quanto il Cirenei non si erano costituiti nel giudizio che si svolgeva dinanzi al TAR del Lazio. Ma questa giurisprudenza non è applicabile al caso di specie, in quanto i predetti non erano toccati dal ricorso da altri proposto dinanzi al TAR del Lazio al fine di conseguire la nomina a professore straordinario di università in base all'art. 3 del D.L. citato: essi, infatti, avevano già conseguita tale nomina e non avevano motivo alcuno per difendersi da un ricorso che non mirava all'annullamento della loro nomina, ma da questa anzi traeva motivo per chiedere che anche ai ricorrenti in quella sede fosse conferito lo *status* di professori universitari. Quando, però, questa Corte, con la ripetuta ordinanza n. 95 del 1980, ha sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale della norma (art. 3 cit.) in base alla quale il Lentini ed il Cirenei erano stati nominati professori straordinari, in essi è certamente sorto l'interesse a difendere la posizione già acquisita: in queste condizioni non può negarsi loro il diritto di costituirsi in questo giudizio.»

<sup>21</sup> Si tratta, per la precisione, delle decisioni del 17 gennaio 1984, n. 1; del 28 febbraio 1984, n. 52, 63 e 65; del 11 febbraio 1988, n. 220; del 24 marzo 1988, n. 412; del 10 maggio 1988, n. 531; del 26 ottobre 1988, n. 1022.

6 febbraio 1985, n. 34 con cui fu ritenuta pienamente legittima la partecipazione degli interventori civili ex art. 105 c.p.c.<sup>22</sup>

Le eccezioni all'inammissibilità dei terzi fiorirono, tuttavia, negli anni '90.

Proprio in tali anni si assiste, infatti, all'estensione del processo costituzionale non più soltanto ai singoli ma anche ad associazioni rivolte alla cura di interessi collettivi o ad ordini professionali. Proprio tali ipotesi si verificarono, ad esempio, in tre occasioni: con la sentenza del 23 dicembre 1993, n. 456, con cui fu riconosciuto l'intervento della Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri poiché «la *questio legitimitatis* riguardava direttamente norme che toccano la sfera di competenza degli Ordini professionali, in quanto attengono all'oggetto della professione medica ed alla relativa attività»<sup>23</sup>; con la sentenza del 27 maggio 1996, n. 171, cui partecipò come interveniente il Consiglio Nazionale Forense; e, infine, con la sentenza del 15 luglio 1997, n. 235, ove fu consentito l'intervento dell'UCEI (Unione delle Comunità Ebraiche Italiane).

Pare evidente, dunque, come per molto tempo si trovarono a convivere, in seno alla Consulta, due concezioni. La prima, più rigida e maggiormente utilizzata nella prassi, negava l'ingresso di esigenze legate a diritti di terzi o espressivi della società, in special modo laddove non fosse stato «dimostrato un interesse diretto e individualizzato, riconoscibile».<sup>24</sup> La seconda, invece, di impronta progressista, ammetteva, attraverso motivazioni di varia natura<sup>25</sup>, istanze sociali tramite l'intervento di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo*.

L'incertezza e le contraddizioni tra le ordinanze della Corte Costituzionale divennero così evidenti che Valerio Onida, maestro del diritto costituzionale e giudice della Consulta, si spinse a sostenere, sul finire degli anni '90, come «se c'è un tema riguardo al quale è impossibile parlare di indirizzi consolidati nella giurisprudenza costituzionale, questo è il tema delle condizioni e dei limiti di ammissibilità dell'intervento, nei giudizi dinanzi alla Corte, di soggetti diversi da quelli espressamente contemplati dalle norme legislative e integrative».<sup>26</sup>

Si assiste, dunque, verso la fine degli anni '90, ad un mutamento di prospettiva: quello che pareva rappresentare un caposaldo del giudizio di costituzionalità era sempre più al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Un possibile *enlargement* del processo incidentale di costituzionalità, di conseguenza,

---

<sup>22</sup> Cfr. Punto 2 del Considerato in diritto della medesima sentenza.

<sup>23</sup> F. Benelli, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. Bindi et al, *I principi generali del processo comune e i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 133.

<sup>24</sup> Corte Cost., sent. n. 421/95, Considerato in diritto § 3.

<sup>25</sup> Oltre al caso citato *supra* nella nota n. 25, riguardante due professori universitari, si può ricordare un'altra singolare vicenda che la Consulta definì con sent. n. 429 del 20 novembre 1991, dove l'interesse ad intervenire nel giudizio incidentale sorse in relazione proprio all'ordinanza di rimessione, la quale chiedeva alla Corte di esprimersi sulla compatibilità a Costituzione dell'art. 244 c.p.c. nella parte in cui negava al padre naturale di intervenire in un giudizio di reclamo proposto dai genitori legittimi.

<sup>26</sup> V. Onida, *Presentazione*, in *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi* (a cura di V. Angiolini), Giappichelli, Torino, 1997, XI.

pareva un obiettivo alla portata, specialmente dopo che la Corte aveva consentito nel 2000, come accennato *supra*<sup>27</sup>, l'intervento sui giudizi di ammissibilità dei referendum costituzionali.

Appariva evidente, però, che nelle occasioni in cui la Consulta derogava al regime di inammissibilità favorendo un contraddittorio più aperto, tali 'sforzi' non si traducevano in un arricchimento qualitativo del giudizio costituzionale. La partecipazione di "extranei" si limitava soltanto ad «interventi meramente adesivi dipendenti rispetto all'una delle (ipotetiche o reali) parti principali, ad adiuvandum, intendendo il termine in senso lato; non [invece in] interventi litisconsortili, autonomi, fondati su di una legittimazione tale da consentire l'esercizio di poteri in qualche modo sostanziali».<sup>28</sup>

In altri termini, le timide ed isolate aperture alla società civile non comportavano vantaggi ai fini istruttori e, inoltre, chi aveva il privilegio di partecipare non ampliava la cognizione della Consulta limitandosi ad aderire a posizioni già formulate dalle parti originarie.

## 2.1. Segue: e dottrinale

Anche la dottrina ha conosciuto un percorso segnato, in prima battuta, da una certa ritrosia verso l'ampliamento del giudizio costituzionale e, poi, da innovative proposte di riforma. Nel primo contributo in ordine cronologico sul tema<sup>29</sup>, infatti, si rinviene uno stretto parallelismo tra parti del giudizio *a quo* e giudizio costituzionale. E, in verità, non poteva essere diversamente. Le Norme integrative vigenti non lasciavano spiragli per ipotizzare un diverso modello.

In seguito, però, il dibattito sull'ampiezza soggettiva del processo costituzionale ha conosciuto un incremento, dovuto al collegamento del tema con altri argomenti centrali nella giustizia costituzionale quali, per esempio, la compatibilità con le regole dei giudizi comuni<sup>30</sup> e l'estensione dei principi sul processo 'comune' al giudizio sulle leggi.

Si tratta, a ben vedere, di tematiche che investono la natura stessa del giudizio costituzionale, da sempre in tensione tra un modello giurisdizionale ed uno politico. Secondo la prima ricostruzione<sup>31</sup>, infatti, il processo costituzionale, poiché anzitutto giudizio durante il quale si confrontano posizioni portatrici di interessi contrapposti, deve essere governato da regole predeterminate e rispettate con costanza, anche laddove aspetti del caso concreto consiglierebbero una loro deroga. Ciò perché «il processo, qualunque

---

<sup>27</sup> V. § 1

<sup>28</sup> In tal senso si esprime A. Cerri, *Ancora sull'intervento nei giudizi incidentali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3254.

<sup>29</sup> G. Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano. Vol. I*, Iovane, Napoli, 1957, p. 126 ss.

<sup>30</sup> Cfr., *inter alios*, anzitutto gli atti del convegno organizzato dal Gruppo di Pisa a Siena, dall'8 al 9 giugno 2007, dedicato a "I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale" e, successivamente, sempre in dottrina M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale: studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 10 ss.

<sup>31</sup> Tra i più favorevoli a questa prima impostazione si possono ricordare S. Fois, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV. *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990 e, seppur con i dovuti distinguo, R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, Fasc. 3/2017, 10 ss.

processo, è tale appunto in rapporto alle regole suddette e, nell'esperienza giuridica, la verità e la giustizia non può non essere, in definitiva, se non quella processuale».<sup>32</sup>

Seguendo tale impostazione, è stato valorizzato il dato formale delle Norme integrative, ne sono stati seguiti i cambiamenti ed i segnali di un'apertura verso la società sono state considerate eccezioni sporadiche e deviazioni stigmatizzabili dal tracciato normativo.

In base al secondo orientamento, quello del modello politico, invece, «il processo costituzionale non è la culla delle coerenze processuali poiché in esso si celebra una vicenda che riguarda l'effettività del sistema di governo nel suo complesso, e nel quale si sottopone a una sorta di bilanciamento, espresso, tacito o implicito, tutto quanto ha rilievo ai fini di un esito ragionevole, non importa se processuale o di merito, delle questioni di costituzionalità».<sup>33</sup> In altri termini, le procedure entro le quali agisce la Consulta non sono vincoli rigidi ed invalicabili ma una piattaforma mutevole, *in fieri*, adattabile ai casi concreti, soggetta anch'essa ad un bilanciamento con altri valori costituzionali.

Alle due ricostruzioni si sono, poi, affiancate, posizioni intermedie, volte ora a qualificare le norme regolatrici del giudizio costituzionale come norme sui generis<sup>34</sup>, ora a ritenere esistente «una soglia minima di principi che debba essere considerata indisponibile»<sup>35</sup> in materia processuale.

Proprio l'idea, in astratto condivisibile, di un *minimum core* indefettibile nelle norme processuali, non sembrava, però, sposarsi appieno con le crescenti pronunce della Consulta che ammettevano un ampliamento del giudizio costituzionale. L'idea di un *minimum core*, infatti, porta a concludere che, per ammettere la partecipazione di soggetti diversi dalle parti, le norme del giudizio costituzionale dovrebbero essere oggetto di un'interpretazione così forte e manipolativa da apparire incompatibile con l'esistenza stessa di un loro nocciolo duro e immodificabile.

Oltre alla compatibilità con le regole dei giudizi comuni e l'estensione dei principi sui processi 'comuni' al giudizio sulle leggi – aspetti, entrambi, riconducibili ai due modelli di norme processuali, quello giurisdizionale e quello politico – anche la prospettiva comparativa ha rappresentato un'occasione per indirizzare la dottrina verso l'ampliamento soggettivo del giudizio costituzionale.

È un dato acclarato, infatti, che la Consulta – al pari del Legislatore e dei giudici comuni – non vive più una condizione di solitudine<sup>36</sup> ma, al contrario, trae sempre nuovi spunti dal dialogo multilivello con altre

---

<sup>32</sup> S. Fois, *Ult. op. cit.*, 139.

<sup>33</sup> C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV. *Ult. op. cit.*, 63 ss.

<sup>34</sup> V. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA. VV. *Ult. op. cit.*, 106 ss. Per l'A. sarebbe possibile identificare un "diritto processuale sì, ma sui generis (anzi: molto sui generis), che comprenda in sé pluralità di prospettive, da ricostruirsi attorno a beni giuridici plurimi. Un diritto processuale capace di comprendere le ragioni non sempre coincidenti della tutela soggettiva dei diritti costituzionali ma anche le ragioni della tutela oggettiva della Costituzione".

<sup>35</sup> R. Romboli, *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, *ivi*, 11.

<sup>36</sup> Parla di "fine della solitudine delle Corti Costituzionali", in un omonimo saggio, S. Cassese, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, Fasc. 1/2015, p. 21 ss.

Corti ed ordinamenti. Esiste, infatti, un «intreccio tra Carte»<sup>37</sup> il quale rende impossibile (e inverosimile) limitare lo sguardo dello studioso alla sola realtà nazionale senza osservare quanto accade *aliunde*.

Negli ultimi trent'anni, sulla scorta dell'indagine comparativa, sono state proposte due soluzioni per ampliare il rapporto tra Corte Costituzionale e società civile, entrambe debitrice del modello francese<sup>38</sup> e che hanno avuto una discreta fortuna in Italia. Secondo la prima, nota con l'appellativo di “doppio binario”, un'apertura del giudizio costituzionale è realizzabile con gli istituti dell'intervento – che postula la presenza fisica del soggetto in udienza e la possibilità di interloquire con la Corte – e dell'*amicus curiae* – limitato, invece, alla mera produzione documentale.<sup>39</sup>

Secondo la seconda soluzione, invece, la Consulta, senza una modifica *apertis verbis* delle Norme integrative, potrebbe valorizzare uno strumento già esistente: l'art. 13 della L. 87/1953, infatti, consente, similmente a quanto disposto dall'art. 6 co. 1<sup>40</sup> del regolamento interno di cui si è dotato il *Conseil Constitutionnel* francese, di “disporre l'audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, il richiamo di atti o documenti”.

## 2.2. Recenti innovazioni

I primi anni del nuovo millennio hanno visto, nel 2004 e nel 2008, due riforme delle Norme integrative. In entrambi i casi, tuttavia, le aspettative della dottrina più accorta ed incline ad un'apertura del giudizio costituzionale rimasero deluse sia per una mancanza di chiarezza delle novelle sia per alcune ambiguità che i testi riformati contribuirono – paradossalmente – ad avallare.

Particolarmente interessanti furono le conseguenze della modifica attuata con la prima novella. Venne, infatti, inserita la previsione oggi enucleata nell'art. 4 co. 3 delle Norme integrative secondo cui “eventuali interventi di altri soggetti, ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità, devono aver luogo con le modalità del comma precedente” ossia con deposito dell'atto di intervento non oltre venti giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'atto introduttivo del giudizio.

Tenendo conto del solo dato letterale, infatti, la previsione avrebbe potuto fugare ogni dubbio a favore di una soluzione in linea con le aspettative della dottrina, soprattutto quella di stampo comparativo. La

---

<sup>37</sup> A. Baraggia, *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: epifanie di una Unione dai tratti ancora indefiniti*, in *Rivista AIC*, Fasc. n. 2/2015, p. 2.

<sup>38</sup> La preminenza del modello francese è, peraltro, testimoniata, tra i tanti, da T. Groppi, *Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia*, in *Rass. Parl.*, n. 1/2010, 37 ss.

<sup>39</sup> Tra i sostenitori di tale impostazione si possono ricordare, *ex multis*, A.M. Lecis Ortu, *L'intervento del terzo portatore di interessi collettivi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una comparazione tra Italia e Francia*, in *Dir. pub. Comp.*, Vol. 1/2013, 354 ss.; T. Groppi, *Riformare la giustizia costituzionale: dal caso francese indicazioni per l'Italia*, *ivi*, 38 ss.; A. Concaro, M. D'Amico, *Proposte di modifica alle norme integrative*, in G. Famiglietti et al, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Giappichelli, Torino, 2002, 454 ss.

<sup>40</sup> “Nell'ipotesi in cui, per i bisogni dell'istruzione, il Consiglio decida di ricorrere ad un'audizione, le parti e le autorità menzionate all'articolo 1 [Presidente della Repubblica, Primo ministro, i Presidenti dell'Assemblea nazionale del Senato nonché, se è il caso, il Presidente della Nuova Caledonia, il Presidente del Congresso e i Presidenti delle assemblee provinciali] sono invitate ad assistervi”.



nozione di “altri soggetti”, infatti, parrebbe comprendere non soltanto singoli ma anche – e soprattutto – associazioni, comitati, organizzazioni ed ogni altro ente espressivo di interessi generali o collettivi.

Non fu, però, questa la strada seguita dalla Corte Costituzionale: essa, infatti, perseverò in una visione restrittiva evidenziando, negli anni subito successivi, come l'interesse in capo ai terzi dovesse essere qualificato<sup>41</sup> senza, peraltro, possibilità di estensione analogica.<sup>42</sup> Di conseguenza, anche a valor ipotizzare che la modifica dell'art. 4 potesse colmare una lacuna processuale, tale obiettivo fu disatteso dal concreto dispiegarsi del giudizio costituzionale.

La discrezionalità della Consulta continuò ad essere l'unico costante punto di riferimento.

Eguale sorte ebbe la riforma del 2008, «occasione sprecata»<sup>43</sup> per un ripensamento del processo costituzionale fondato su un'istruttoria ampia, completa ed aperta all'apporto di contributi tecnico – scientifici esterni.<sup>44</sup> Se, infatti, le modifiche hanno valorizzato i poteri del Presidente della Corte, hanno specificato il ruolo del giudice relatore ed hanno previsto nuovi termini processuali, fin da subito la dottrina pronosticava che sarebbe potuta diventare «un'occasione non adeguatamente sfruttata per cautelarsi nei confronti di rischi futuri».<sup>45</sup>

Negli ultimi anni, dunque, stante l'assetto delineato nel 2008, non si sono registrati grandi stravolgimenti, in particolar modo sul piano della legittimazione dei soggetti che aspiravano a partecipare nel giudizio costituzionale. L'intervento di altri soggetti, infatti, doveva «deriv[are] non già (...) dalla pronuncia della Corte sulla legittimità costituzionale della legge stessa, bensì dall'immediato effetto che la pronuncia della Corte produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo».<sup>46</sup>

A ben vedere, infatti, anche nelle recenti decisioni con cui sono stati ammessi gli interventi dell'Unione delle Camere Penali – sentenza del 27 luglio 2018, n. 180 –, del Consiglio Nazionale del Notariato – sentenza del 31 gennaio 2019, n. 13 – non si è registrata alcuna svolta considerevole. Nel primo caso,<sup>47</sup> la legittimazione processuale dell'UCPI viene giustificata poiché «un'eventuale pronuncia di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sul giudizio *a quo* produrrebbe necessariamente un'immediata incidenza sulla posizione soggettiva dell'UCPI, ente rappresentativo degli interessi della categoria degli

---

<sup>41</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, Corte Cost., sent. n. 279/06.

<sup>42</sup> Cfr. in tal senso dapprima Corte Cost., sent. n. 172/06 e, poi, Corte Cost., sent. n. 190/06.

<sup>43</sup> La condivisibile espressione si deve a M. D'Amico, F. Biondi, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, ESI, Napoli, 2018, p. 17.

<sup>44</sup> Come suggeriva, peraltro, parte della dottrina. Cfr. T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 186 ss.

<sup>45</sup> P. Passaglia, «Presidenzialismo» e «collegialità» nel procedimento decisorio della Corte Costituzionale, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) 10 luglio 2009, 13. Si rimanda al medesimo saggio per un'analisi completa ed esauriente delle Norme integrative al giudizio di costituzionalità del 2008.

<sup>46</sup> Corte Cost., ordinanza del 21 giugno 2005 contenuta nella sent. n. 345 del 2005.

<sup>47</sup> Per i profili della vicenda oggetto di sindacato costituzionale si rimanda, *ex pluribus*, a E. Aprile, *La Consulta interviene sul tema dell'adesione del difensore all'astensione dalle udienze e sugli effetti sul regime cautelare dell'imputato*, in *Cass. pen.*, n. 4/ 2019, 1540 ss. e A. Tassi, *Astensione degli avvocati e libertà personale: brevi osservazioni su Corte cost. n. 180 del 2018*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2018, 1808 ss.

avvocati penalisti».<sup>48</sup> I principi sono quelli già elaborati negli anni '90 e lasciano trasparire una maggiore apertura al coinvolgimento di enti esponenziali.

Per il resto, la sentenza non fornisce un *quid novi*, ma elementi che confermano le precedenti tendenze. Il *case study* dello scorso anno – che ha visto l'ammissione del Consiglio Nazionale del Notariato (CNN) – conferma simile tendenza: come spiegato dalla Consulta stessa, infatti, il coinvolgimento del CNN è giustificato giacché «sarebbe (...) di «piana evidenza» che l'esito del giudizio di costituzionalità è destinato ad avere un'incidenza diretta sull'esercizio delle attribuzioni del CNN, perché assoggettare alla legge antitrust gli atti dei consigli notarili funzionali al promovimento dell'azione disciplinare equivarrebbe a comprimere la portata precettiva dei principi e delle norme di deontologia professionale elaborate dal Consiglio nazionale».<sup>49</sup>

La «tendenza alla dialettizzazione»<sup>50</sup> del giudizio costituzionale ha incontrato, peraltro, anche alcune (apparenti) battute d'arresto, sintomatiche di una certa ritrosia verso un'apertura alla società civile: ci si riferisce, soprattutto, al documento sulla “messa a disposizione degli atti processuali agli interventori nel giudizio di legittimità costituzionale, prima della dichiarazione di ammissibilità del loro intervento”<sup>51</sup> del 2018, firmato dall'allora Presidente Lattanzi.

Nel documento, infatti, si invita la cancelleria della Consulta ad evitare la consultazione dei fascicoli da parte di terzi non ancora autorizzati a partecipare al giudizio, modificando la prassi fino ad allora seguita. Il documento richiama, a sostegno di tale inversione di rotta, le norme dei processi penale, civile, tributario, amministrativo e contabile che vietano a soggetti diversi dalle parti di esaminare ed estrarre copia dei fascicoli. Viene precisato, inoltre, che la pura e semplice presentazione dell'istanza di intervento non è sufficiente per consentire tali condotte: occorre il parere favorevole del collegio.

La comunicazione, inoltre, delinea due procedure diverse a seconda che all'atto di intervento si accompagni o meno la richiesta di accesso al fascicolo.

Nel primo caso il Presidente – se possibile – fisserà un'apposita udienza in camera di consiglio e i documenti “oggetto di scambio saranno solo quelli riguardanti la questione dell'ammissibilità dell'intervento”. Nel secondo caso, ossia quando il terzo non chieda l'accesso preventivo o non sia

---

<sup>48</sup> Corte Cost., sent. n. 180/18, Considerato in diritto § 4.

<sup>49</sup> Corte Cost., *ivi*, Ritenuto in fatto § 7.1 Diverso, invece, è il profilo della legittimazione processuale dell'AGCM innanzi alla Corte Costituzionale che ha interessato maggiormente la dottrina. Non essendo possibile, in questa sede, ricostruire in modo completo il caso oggetto della sentenza del 31 gennaio 2019, n. 13 né compendiare l'affascinante dibattito attorno alla possibilità per le autorità amministrative indipendenti di sollevare questioni di legittimità costituzionale sia consentito rinviare, *inter alios*, a S. Staiano, *Essere giudice «a limitato fine». Autorità amministrative indipendenti e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2018; G. Sicchiero, *La dottrina costituzionale del "giudice ai limitati fini"*, *Giur. It.*, n. 2/2019, 283 ss.; R. Romboli, *Nota a Corte Cost. sent. 13/2019*, in *Foro It.*, n. 5/2019 Parte I, 1529 ss.; A. Jannarelli, *L'autorità garante e la tutela della concorrenza: tra interesse "pubblico" e interesse "generale"*, *ivi*, 1533 ss.; M. Midiri, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2019, 127 ss.; G. Grasso, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale dell'Autorità 'antitrust'*, *ivi*, 138 ss.

<sup>50</sup> A. Cerri, *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale, nei conflitti ed in alcune recenti proposte di riforma*, in AA. VV. *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 257.

<sup>51</sup> Il testo completo è consultabile sul sito della Corte Costituzionale al seguente link: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/varie/Documento\\_intervenienti\\_PresLattanzi.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/varie/Documento_intervenienti_PresLattanzi.pdf)

possibile fissare un'udienza *ad hoc*, gli saranno trasmessi gli atti processuali che lo riguardano e l'udienza, ove sarà trattata la questione, sarà quella già fissata per il merito, con facoltà di rinvio su istanza del terzo per un esame approfondito degli atti trasmessi.

All'accesso generalizzato ai documenti viene, in definitiva, sostituito un sistema più restrittivo ma, al tempo stesso, dotato di un'apprezzabile dose di chiarezza. Ora, sebbene tale sistema configuri un aggravio per chi vuole partecipare al giudizio costituzionale, l'introduzione di nuovi meccanismi capaci di coinvolgere la società civile consente, quantomeno, di collocare il documento nell'alveo del percorso evolutivo seguito dalla Corte Costituzionale e culminato con le nuove Norme integrative. Non si è trattato, infatti, di una vera battuta d'arresto ovvero di un *revirement* improvviso, bensì di due meccanismi aventi lo scopo di regolamentare ciò che era lasciato alla prassi.

Peraltro tali strumenti, come si vedrà, possono considerarsi superati dai nuovi articoli inseriti ad inizio anno tra le Norme integrative.

### 3. Una naturale evoluzione: le nuove Norme integrative

La «svolta Cartabia»<sup>52</sup> ha portato ad una riforma delle Norme integrative, annunciata dapprima con un comunicato stampa<sup>53</sup> l'11 gennaio scorso, e poi formalizzata nella G. U. del 22 gennaio 2020 con l'introduzione degli artt. 4-bis, 4-ter e 14-ter, con un inciso nell'art. 16 e, infine, con un doveroso coordinamento tra le disposizioni di recente conio e gli artt. 23, 24 e 25. Partendo proprio dal comunicato stampa, si può rilevare come la Consulta giustifica l'apertura alla società civile per allinearsi “[al]la prassi di molte Corti supreme e costituzionali di altri Paesi”. L'attenzione della Corte Costituzionale per il *modus procedendi* adottato fuori dai confini nazionali, perciò, può essere ormai un dato consolidato e indiscutibile. Tuttavia, le innovazioni più marcate, sintetizzate nel comunicato stampa con la formula «apertura all'ascolto della società civile», paiono riferibili alle tre tipologie di ascolto, assai differenti per qualità e modalità di partecipazione al giudizio, previste nel testo riformato: gli interventori (artt. 4 e 4-bis), gli *amici curiae* (art. 4-ter) e gli esperti (art. 14-bis).

#### 3.1. Gli intervenienti

---

<sup>52</sup> Cfr. <http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/02/18/la-svolta-cartabia-il-problematico-ingresso-della-societa-civile-nei-giudizi-dinnanzi-alla-corte-costituzionale/>

<sup>53</sup> Per il testo del comunicato stampa, intitolato “La corte si apre all'ascolto della società civile” v. [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20200111093807.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200111093807.pdf)

Procedendo in ordine numerico, all'art. 4 viene, anzitutto, confermato l'intervento del Presidente del Consiglio – tramite l'Avvocatura della Stato – e del Presidente della Giunta regionale. Essi possono depositare deduzioni, comprensive delle conclusioni e della procura speciale con contestuale elezione del domicilio. Altri soggetti possono intervenire con le stesse modalità entro venti giorni dalla pubblicazione nella G. U. dell'atto introduttivo del giudizio; il cancelliere comunicherà alle parti costituite la presentazione di una o più istanze di intervento e la Corte deciderà sulla loro ammissibilità.

Il nuovo comma 7, tuttavia, impone alla Consulta uno scrutinio sugli interventi nei giudizi in via incidentale diverso rispetto a quello compiuto nei giudizi in via d'azione: potranno partecipare, a tenore della norma, soltanto “i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto dedotto in giudizio”<sup>54</sup>.

Si potrebbe ritenere, leggendo l'articolo, che il nuovo comma abbia cristallizzato la prassi consolidata della Consulta<sup>55</sup>, secondo cui è necessario “un interesse diretto e individualizzato, riconoscibile” (sent. n. 421 del 6 settembre 1995) e “qualificato” (sent. n. 279 del 7 luglio 2006) per partecipare al giudizio costituzionale. Continua, però, ad essere complesso e controverso che cosa si debba intendere per “interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio” e quale sia (e se esista) il confine tra tale concetto ed altre forme di interessi.

Il successivo art. 4-bis, rubricato “accesso degli intervenienti agli atti”, invece, consente di ritenere superato il sistema, visto poc'anzi, della “messa a disposizione degli atti processuali” delineato nel 2018. Dal gennaio dell'anno corrente, infatti, chi propone istanza di intervento nel giudizio costituzionale e desidera “prendere visione e trarre copia degli atti processuali” deve depositare un'istanza con cui richiede la fissazione di un'udienza dedicata proprio all'ammissibilità dell'intervento. La legittimazione ad intervenire verrà, poi, discussa dalla Consulta in camera di consiglio, e la decisione sarà presa con ordinanza. La data di riunione della Corte Costituzionale sarà comunicata a cura della cancelleria alle parti e all'interventore; entrambi potranno presentare, fino a dieci giorni prima dell'udienza, memorie.<sup>56</sup>

### **3.2. *Amici curiae* ed esperti**

---

<sup>54</sup> Il rinnovato articolo 4, di conseguenza, oggi recita: “1. L'intervento in giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri ha luogo con il deposito delle deduzioni, comprensive delle conclusioni, sottoscritte dall'Avvocato generale dello Stato o da un suo sostituto. 2. Il Presidente della Giunta regionale interviene depositando, oltre alle deduzioni, comprensive delle conclusioni, la procura speciale rilasciata a norma dell'art. 3, contenente l'elezione del domicilio. 3. Eventuali interventi di altri soggetti hanno luogo con le modalità di cui al comma precedente. 4. L'atto di intervento è depositato non oltre venti giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'atto introduttivo del giudizio. 5. Il cancelliere dà comunicazione dell'intervento alle parti costituite. 6. La Corte decide sull'ammissibilità degli interventi. 7. Nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio.”

<sup>55</sup> Cfr. *supra* §§ 2.1., 2.2.

<sup>56</sup> Il nuovo art. 4-bis afferma: “1. L'interveniente a norma dell'art. 4, commi da 3 a 7, nel caso in cui intenda prendere visione e trarre copia degli atti processuali, deposita contestualmente all'atto di intervento apposita istanza di fissazione anticipata e separata della sola questione concernente l'ammissibilità dello stesso. 2. Il Presidente, sentito il relatore, fissa con decreto trattazione dell'istanza in camera di consiglio per la sola decisione sull'ammissibilità dell'intervento. 3. Il cancelliere dà immediata comunicazione del decreto alle parti costituite e all'istante, i quali, entro dieci giorni dall'avvenuta comunicazione, hanno facoltà di depositare sintetiche memorie concernenti esclusivamente la questione dell'ammissibilità dell'intervento.”

Le due norme più interessanti e, per certi versi, originali, introdotte con la novella, sono, però, gli artt. 4-ter<sup>57</sup> (“*amici curiae*”) e 14-bis (“esperti”).<sup>58</sup>

Nel primo caso è consentito, entro venti giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza di rimessione in G. U., a “formazioni sociali senza scopo di lucro e [a]i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità” presentare un’opinione scritta tramite e-mail. Tale documento, dell’estensione massima di 25000 caratteri (spazi inclusi) sarà, anzitutto, valutato dal Presidente, sentito il giudice relatore. Saranno tenute presente esclusivamente opinioni “che offrono elementi utili alla conoscenza e valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità”, le quali saranno ammesse con decreto, trasmesso alle parti costituite almeno trenta giorni liberi prima dell’udienza e pubblicato sul sito della Consulta. Viene precisato che i soggetti la cui opinione è stata ammessa non sono parti, non possono chiedere e/o ottenere copia degli atti processuali né, infine, presenziare alle udienze.

Nel secondo caso (art. 14-bis), invece, è consentito sentire, nel caso di questioni che investano conoscenze “attinenti a specifiche discipline”, “esperti di chiara fama” in un’apposita adunanza, comunicata alle parti costituite almeno dieci giorni prima. Queste ultime possono, su autorizzazione del Presidente, formulare domande agli esperti.

Pare evidente anche soltanto dalla lettura dei due articoli<sup>59</sup> come, accanto all’apertura alla società civile, la Corte Costituzionale abbia ridato nuova linfa ai suoi poteri istruttori: la rinnovata ‘cassetta degli attrezzi’ di cui dispone la Consulta si arricchisce di nuovi validi strumenti per ampliare l’istruttoria.

Infine, la novella coinvolge gli artt. 23 (“Norme di procedura per i ricorsi”), 24 (“Ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato”) e 25 (“Ricorso per conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni”), nei quali sono inseriti i dovuti riferimenti ai nuovi articoli poc’anzi esplicitati, e l’art. 16 co. 2, il quale prevede ora il limite di massimo due avvocati per ciascuna parte, salvo casi eccezionali<sup>60</sup>.

### **3.3. Alcune criticità emergenti dalla riforma**

---

<sup>57</sup> Art. 4-ter: “1. Entro venti giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un’opinione scritta. 2. L’opinione non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi, ed è inviata per posta elettronica alla cancelleria della Corte, che ne comunica l’avvenuta ricezione con posta elettronica. 3. Con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità. 4. Il decreto di cui al comma 3 è trasmesso a cura della cancelleria per posta elettronica alle parti costituite almeno trenta giorni liberi prima dell’udienza o della adunanza in camera di consiglio ed è pubblicato nel sito della Corte costituzionale. 5. Le formazioni sociali e i soggetti istituzionali le cui opinioni sono state ammesse con il decreto di cui al comma 3 non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all’udienza.”

<sup>58</sup> Art. 14-bis: “1. La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l’autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti. 2. Il cancelliere avverte le parti almeno dieci giorni prima di quello fissato per l’adunanza in camera di consiglio.”

<sup>59</sup> E sul punto si ritornerà *infra* § 3.1.

<sup>60</sup> Art. 16 co. 2: “Dopo la relazione, i difensori, di regola non più di due per parte, svolgono in modo sintetico i motivi delle loro conclusioni.”

In attesa delle prime applicazioni pratiche non ci si può esimere dal rilevare, sin da ora, una serie di aspetti potenzialmente critici della riforma. Sebbene, infatti, il giudizio costituzionale, specialmente in via incidentale, sia un processo *sui generis* e nonostante sia condivisibile sostenere che «come tutte le grandi istituzioni, la Corte costituzionale italiana (...), ha bisogno tuttavia di una continua rilegittimazione» e che essa «non può continuare a vivere di rendita sui cinquant'anni passati, che pure hanno prodotto un grande acquis giurisprudenziale»,<sup>61</sup> non ogni modifica può trovare giustificazione col semplice richiamo ad un regime eccezionale.

Orbene, un ampliamento soggettivo del giudizio costituzionale, stante i molteplici input derivanti anche dalle esperienze straniere e sovranazionali, era divenuto inevitabile. Tale esigenza innovatrice, però, si è tradotta in una riforma che, oltre a valorizzare l'anima giurisdizionale della Corte Costituzionale<sup>62</sup>, ridisegna la fisionomia stessa del processo costituzionale e, di conseguenza, della giustizia costituzionale, che pare sempre più tendente ad un rinnovato modello di diritto processuale costituzionale.

Senza, tuttavia, coronare le spinte verso un diritto processuale costituzionale con le impellenti garanzie che esso richiede (e reclama).

Basti, a titolo esemplificativo, riflettere sul ruolo degli esperti, tratteggiato dall'art. 14-bis. La legittima richiesta di chiarimenti tecnici che i giudici possono avvertire nella lettura degli atti viene risolta con l'audizione di esperti “di chiara fama” in forma *esclusivamente orale* e con la facoltà delle parti costituite di porre domande *soltanto previa autorizzazione del Presidente*.

Vari sono gli aspetti critici di tale previsione. Le domande delle parti devono essere autorizzate dall'organo giurisdizionale, con una possibile compressione del diritto di difesa ex art. 24 Cost.; a differenza dei consulenti tecnici, gli esperti non producono materiale scritto che le parti possono confutare con pari mezzi; la richiesta di chiarimenti è subordinata al *placet* del Presidente della Corte; non si comprende quali requisiti debba possedere un soggetto per essere un “esperto di chiara fama”; eventuali conflitti d'interesse, motivo di astensione o ricsuzione dei c.t.u. o del consulente di parte, non determinano la medesima conseguenza nel processo costituzionale.

Parimenti, l'inciso inserito nell'art. 4 si presta ad un'osservazione. Come già osservato, cristallizzare il parametro dell'interesse “qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto dedotto in giudizio” non elimina il problema definitorio e classificatorio di tale interesse poiché, a seconda delle diverse sensibilità, la sua area applicativa può estendersi o restringersi. La tendenziale limitazione a due avvocati per ogni parte, invece, inquadrata in un'ottica di razionalizzazione e semplificazione, può essere condivisa, vista anche l'eventuale deroga prevista nell'art. 16 co. 2.

---

<sup>61</sup> Entrambe le citazioni sono di L. Elia, *Intervento*, in *Come decidono le Corti costituzionali (e altre Corti)* (a cura di P. Pasquino, B. Randazzo), Giuffrè, Milano, 2009, 125. Sulla necessità di rilegittimazione v. anche T. Groppi, *Verso un giudizio costituzionale aperto? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. Cost.*, Fasc. 2/2019, 386-387.

<sup>62</sup> V. *supra* § 2.1.

Persino l'anelata introduzione degli *amici curiae* nel processo costituzionale solleva alcune perplessità. Si osserva, infatti, che mentre gli interventori potranno interloquire con la Corte in forma orale, gli *amici* potranno esclusivamente presentare un'opinione scritta, limitata a 25000 caratteri – spazi inclusi – ed inviata con posta elettronica. Se, tuttavia, l'obiettivo di evitare atti troppo lunghi è condivisibile, il singolare dato quantitativo (25000 caratteri) scelto per sopperire al problema è un *unicum* nella giurisdizione italiana: neanche la Suprema Corte di Cassazione si è spinta a tanto preferendo, invece, fissare un numero massimo di pagine per i ricorsi in materia civile e tributaria.<sup>63</sup>

Inoltre, l'ambito soggettivo cui si applica la norma (“le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi”) rende probabile che le opinioni scritte, nel manifestare la posizione di soggetti collettivi, non rappresentino il mezzo per introdurre posizioni autonome e distinguibili dalle altre parti, bensì un modo per fornire argomentazione a sostegno di una tra le parti e condizionare l'iter motivazionale della Corte.

Sarà, pertanto, interessante osservare l'uso, da parte dei giudici costituzionali, del parametro enunciato all'art. 4-ter co. 3: saranno considerati “elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso” soltanto quelli non forniti dalle parti? O vi sarà un'interpretazione ampia e, di conseguenza, anche la precisazione di quanto già sostenuto da una parte sarà valutato come elemento utile?

La capacità di indirizzare la volontà del collegio giudicante, di conseguenza, non sarà legata alla qualità di parte – negata per gli *amici curiae* sia dalla novella sia dalla dottrina<sup>64</sup> - ma all'apporto qualitativo fornito dai singoli o dalle formazioni sociali.

#### 4. Considerazioni conclusive

Nell'attesa delle prime espressioni concrete, la riforma delle Norme integrative ha, comunque, prodotto già alcuni effetti.

*In primis*, la codificazione della prassi sugli interventi è un elemento positivo e fattore di stabilità; parimenti può dirsi per l'accoglimento delle plurime istanze dottrinali che, da tempo, caldeggiavano una riforma di simile fattura. Vale la pena di sottolineare, poi, come lo schema seguito dalla Corte Costituzionale ricalca quanto già accaduto, ad esempio, con il contraddittorio nel giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo: la nascita e l'ascesa di una prassi giurisprudenziale, cui è poi seguita la formalizzazione nella

---

<sup>63</sup> Il “Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria”, adottato il 17 dicembre 2015 ha imposto il limite di cinque pagine per l'esposizione dei fatti e trenta pagine per i motivi di ricorso.

<sup>64</sup> Non soltanto, infatti, l'art. 4-ter ult. co. delle Norme integrative statuisce che gli *amici curiae* non sono parti ma esclude la loro partecipazione in udienze nonché il diritto ad ottenere copie degli atti. La dottrina più accorta, peraltro, aveva già affrontato la questione dello *status* processuale degli *amici curiae*, ritenendoli “uno spartiacque tra parte e partecipazione” (A. Cerri, *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale nei conflitti e in alcune recenti proposte di riforma*, in AA. VV. *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, 257).

Norme integrative. È possibile ritenere, dunque, che tale riforma non è il frutto di un repentino cambiamento, ma è il precipitato di una costante evoluzione.

In secondo luogo, poi, la novella, con ogni probabilità, accrescerà il dibattito, già intenso, su due temi: il rapporto tra la Corte Costituzionale e la società civile e la natura delle norme processuali nel giudizio costituzionale.

Illuminante, per il primo profilo, è quanto sostenuto in un recente editoriale da Paolo Ridola<sup>65</sup>, secondo cui se è vero che «le corti costituzionali devono dotarsi di uno strumentario sempre più elaborato per rispondere alle domande di complessità che provengono dalla società civile, e l'interpretazione costituzionale non può restare avulsa da uno spettro ampio di informazione e conoscenza» ciò non vuol dire trasformare il giudizio costituzionale in un «foro delle opinioni». I fecondi rapporti con il sostrato sociale, in altri termini, devono essere oggetto di ponderazione ed accorta misura per evitare due rischi opposti: l'amplificazione del pluralismo sociale nel giudizio costituzionale o, al contrario, la sua insensibilità ai valori dell'ordinamento.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, invece, la dottrina da tempo discorre sulla possibilità o meno di qualificare l'insieme delle norme che disciplinano il giudizio costituzionale come diritto processuale costituzionale;<sup>66</sup> la stessa locuzione pare essere considerata impegnativa e, nella pratica, si preferisce discorrere, invece, di giustizia costituzionale. Le indicazioni provenienti dalla riforma paiono suffragare l'idea che, accanto ad un diritto costituzionale sostanziale, ci sia spazio per un complesso di norme processuali indefettibili, deputate a governare il *modus procedendi et deliberandi* della Corte Costituzionale.

Pare, a tal proposito, condivisibile quanto sostenuto già anni addietro da Gustavo Zagrebelsky<sup>67</sup>, secondo cui l'aspettativa di giustizia – propria anche (e soprattutto) delle norme scolpite nella Carta fondamentale – non potrebbe essere postulabile senza un giudice ma anche senza un processo.

La pluralità di beni giuridici tutelati dalla Costituzione e l'indefettibile opera di bilanciamento che essi reclamano, tuttavia, si riflette necessariamente sul processo costituzionale, che conserva caratteri peculiari rispetto ai giudizi comuni. Se, perciò, sono accettabili scostamenti o mancanze rispetto ai sistemi processuali di diritto comune (civile, penale, amministrativo, tributario ecc...), tali deviazioni dovrebbero, comunque, essere proporzionate e logiche.

La scelta, nel caso specifico, di ampliare il novero dei soggetti abilitati ad interloquire con la Consulta, pur essendo un passo ulteriore nel rafforzamento dei poteri istruttori della Corte e nonostante abbia tutto

---

<sup>65</sup> P. Ridola, “La corte si apre all'ascolto della società civile”, in *Federalismi.it*, 22 gennaio 2020.

<sup>66</sup> La dottrina favorevole o contraria all'idea di un 'diritto processuale costituzionale' è pressoché sterminata. Ci si limita a ricordare, *ex multis*, i contributi di G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, 105 ss.; G. Bognetti, *La Corte Costituzionale tra procedura e politica*, 221 ss.; C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, 63 ss.; tutti in AA. VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990 nonché i saggi di V. Angiolini, *La Corte senza il “processo”, o il “processo” costituzionale senza processualisti?*, 20 ss. e P. Carrozza, *Il processo costituzionale come processo*, 63 ss.; entrambi in AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta* (a cura di R. Romboli), Giappichelli, Torino, 1991. Si ricorda, inoltre, A. Ruggeri, *Alla ricerca dell'identità del “diritto processuale costituzionale”*, in “*Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*”.

<sup>67</sup> G. Zagrebelsky, *Ult. op. cit.*, 106 ss.



il tenore di un'importante svolta, non è esente da critiche o timori sia sul piano teorico che pratico. La previsione degli *amici curiae* o degli esperti, infatti, non corredata da una disciplina di dettaglio, volta a regolamentare situazioni che potrebbero certamente accadere nella pratica (come ad es. il conflitto di interessi tra gli esperti ed una parte in causa o la parzialità di un'opinione scritta), non pare sufficiente: servirebbero previsioni certamente di contorno, ma indispensabili.

In conclusione, anche se autorevole dottrina ha escluso qualsiasi accostamento tra giudizio costituzionale ed i processi comuni,<sup>68</sup> pare plausibile ritenere che la riforma abbia un'impronta processuale e che sia «un'indicazione o una direttiva di metodo all'operato dei giudici costituzionali».<sup>69</sup> È, peraltro, da un lato, certamente apprezzabile lo sforzo sul lato della trasparenza<sup>70</sup> dimostrato con l'innovazione delle Norme integrative e, dall'altro, precipuo interesse desta il «territorio inesplorato»<sup>71</sup> su cui si affaccerà la Corte Costituzionale per mezzo delle “porte strette”<sup>72</sup> sulla realtà sociale di cui è, ora, dotata.

---

<sup>68</sup> È questo il punto di vista manifestato, tra gli altri, da G. Azzariti, *I principi generali del processo costituzionale e le loro discordanze dalle esperienze della giustizia comune*, in E. Bindi et al., *I principi generali del processo comune e i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 251.

<sup>69</sup> A. Ruggeri, *Ult. op. cit.*, 2.

<sup>70</sup> Cfr. A. M. Lecis Ortu, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *diritticomparati.it*, 23 gennaio 2020 e A. Schillaci, *La “porta stretta”: qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla “società civile”*, *ivi*, 31 gennaio 2020.

<sup>71</sup> A. Schillaci, *Ult. Op. cit.*

<sup>72</sup> All'espressione “porta stretta” (al singolare), utilizzata dalla dottrina italiana per qualificare l'operazione venutasi a realizzare con le nuove Norme integrative (cfr. note 69 e 70), si è preferita quella di “porte strette” (al plurale). Entrambi i sintagmi rimandano ad uno strumento altamente partecipativo introdotto nell'ordinamento francese a partire dagli anni '90, noto nella prassi come *portes étroites* (lett. porte strette): tale espressione, coniata da G. Vedel (nel saggio *L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite* (L'accesso dei cittadini al giudizio costituzionale. Le porte strette), *La vie judiciaire*, n° 2344, 1 ss.), indica documenti – aventi la forma di lettere, memorie o pareri – con cui singoli (parlamentari, professori universitari, giuristi, semplici cittadini), associazioni o enti espongono proprie considerazioni sul tema oggetto di un giudizio pendente innanzi al Conseil Constitutionnel. La scelta di preferire il plurale al singolare è dovuta sia, come visto, alla pluralità di mezzi partecipativi (e dunque di ‘porte’ o aperture verso la società civile) di cui la Corte Costituzionale dispone, sia per una maggiore fedeltà al modello di riferimento. Sulle *portes étroites* sia consentito un rinvio, tra gli altri, a A. Concaro, *Il Conseil constitutionnel francese: verso un “contraddittorio ufficiale”*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 1997, 441 ss.; AA.VV., *L'intervento di terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, Servizio Studi della Corte Costituzionale, Area di diritto comparato, 2018, 36 ss.



## **La riparazione pecuniaria ex art. 322 *quater* c.p.: tra visioni interne e proiezioni convenzionali**

a cura del **Dott. Giacomo Piersanti**<sup>1</sup>

### **ABSTRACT**

Dopo una breve panoramica sulle novità introdotte dal legislatore nell'azione avverso la corruzione, il contributo si concentra nell'analisi della misura della riparazione pecuniaria prevista dall'art. 322 *quater* c.p. Si tratta di una misura dai tratti ambigui e dalla natura giuridica alquanto problematica vista l'incongruenza tra il *nomen iuris* utilizzato dal legislatore e gli effetti che in concreto esplica. Per questo motivo, si richiede un'analisi di carattere sostanziale coadiuvata dall'utilizzo di criteri elaborati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Inoltre, si analizzano i rapporti con la confisca, in particolare la confisca per equivalente, alla luce del principio di *ne bis in idem* sanzionatorio.

### **ABSTRACT**

*After a brief overview of the innovations introduced by the legislator in the action against corruption, the contribution is concentrated in the analysis of the extent of the financial compensation provided for by art. 322 quater of the Italian Criminal Code. This is a measure with ambiguous features and a rather problematic legal nature given the inconsistency between the nomen iuris used by the legislator and the effects that it actually carries out. For this reason, a substantial analysis is required, supported by the use of criteria developed by the European Court of Human Rights. Furthermore, the relationship with confiscation is analyzed, in particular equivalent confiscation, in the light of the principle of ne bis in idem sanctioning.*

### **PAROLE CHIAVE**

Corruzione, riparazione pecuniaria, Legge "Spazzacorrotti"

---

<sup>1</sup>Giacomo Piersanti, laureato in giurisprudenza presso l'Università degli studi di Teramo, con tesi in diritto penale dal titolo "La confisca e il sequestro preventivo nei reati economici"; già tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso il Tribunale di Teramo sez. penale.

**Sommario:** 1. Una panoramica sugli strumenti in contrasto alla corruzione - 2. Lo strumento della riparazione pecuniaria ex art. 322 *quater* c.p.- 3. Incertezze sulla natura giuridica della riparazione pecuniaria - 4. Una possibile soluzione “convenzionale” - 5. Il difficile rapporto con la confisca ex art. 322 *ter* alla stregua del principio di *ne bis in idem*.

## 1. Una panoramica sugli strumenti in contrasto alla corruzione

La lotta alla corruzione<sup>2</sup> ha rappresentato una costante tra le ultime novità normative del sistema penale. Nell’arco di soli otto anni si sono susseguiti diversi e frequenti interventi legislativi<sup>3</sup>, finalizzati ad un forte e diretto contrasto del fenomeno corruttivo<sup>4</sup>.

Non è un caso che il legislatore abbia dato notevole risalto all’azione di contrasto avverso la corruzione: si ritiene, infatti, che la corruzione sia uno dei principali fattori che frena, o addirittura annulla, la crescita

---

<sup>2</sup>L’esigenza di combattere il fenomeno corruttivo è sentita principalmente in sede internazionale e europea; v. «Convenzione penale sulla corruzione» del Consiglio d’Europa (*Criminal Law Convention on Corruption*), adottata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, già ratificata con legge 28 giugno 2012, n. 110, Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio D’Europa (*Civil Law Convention on Corruption*) adottata a Strasburgo il 4 novembre 1999, ratificata in forte ritardo con la Legge 28 giugno 2012, n.112; e con la «Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione» (*United Nations Convention Against Corruption*), adottata dall’Assemblea generale dell’ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4 (Convenzione di Merida), già ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116;

<sup>3</sup>Legge 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione"; Legge 27 maggio 2015, n. 69 recante “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio”; Legge 23 giugno 2017, n. 103, recante “Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario” cc.dd. “Legge Orlando”; da ultimo Legge 9 gennaio 2019 n. 3 recante “Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici” passata alla cronaca come “Legge Spazzacorrotti”;

<sup>4</sup> Per un’attenta analisi dell’evoluzione normativa cfr. B. Bevilacqua, *Il sistema sanzionatorio delineato dalla Legge Anticorruzione*, in *Giur. It.*, 2, 2012; E. Dolcini, *La legge 190/2012, contesto, limiti d’intervento, aspetti critici*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*; G. Balbi, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. di Dir. Pen. Cont.*, 3-4, 2012, pp. 5 e ss.; R. Garofoli, *Nuova disciplina dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*; ancora P. Severino, “*La nuova legge anticorruzione*”, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 7 ss.; G. B. Mattarella - M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 384; V. Mongillo, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla Legge n.69 del 2015*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, pp. 2 e ss.; P. Pomanti, *Nuovi strumenti di diritto penale alla luce delle riforme in tema di anticorruzione*, in *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi*, a cura di M. Nunziata, Roma, 2017, pp. 249 e ss.; ancora G. Domeniconi, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla Legge n.69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*; e A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell’ennesima riforma anticorruzione (Legge n.69/2015)*, in *Studium iuris*, 10, 2015, pp. 1115-1124; e F. Cingari, *una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 7, 2015, pp. 805-824; M. Pierdonati, *I confini dell’induzione indebita*, Napoli, 2018; N. Pisani, *Il disegno di legge ‘spazza corrotti’: solo ombre*, in *Cass. Pen.*, 11, 2018, p. 3589; V. Mongillo, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 5, 2019, pp. 231 ss.; M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 1, 2019 pp. 44 ss.; ancora, M. Mantovani, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 5, 2019, p. 608-618; F. Vergine, *Poche luci e molte ombre nelle nuove norme introdotte dalla Legge. N.3 del 2019*, in *Il Processo*, I, 2019, pp. 177 e ss.; L. Stortoni, *Il diritto penale sotto il segno dell’efficienza del sistema*, in *Dir. Proc. Pen.*, I, 2019, pp. 379-416; D. Pulitanò, *tempeste nel penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Con.*, 3, 2019; A. Marandola, *L’inasprimento del regime dei reati contro la P.A. (c.d. “Spazzacorrotti)*, in *Studium iuris*, n. 10, 2019, pp. 1159-1161; G.M. Flick, *Novelle su corruzione e dintorni, dal dire al fare o viceversa?*, in *Cass. Pen.*, n.10, 2019, pp. 3430 ss.; G. Ballo, *Politiche criminali dell’anticorruzione e inasprimenti sanzionatori: un intervento davvero necessario?*, in *studium iuris*, n. 8-9, 2019, p. 829-840;

economico-sociale del Paese<sup>5</sup>. Nello specifico, la presenza capillare del fenomeno corruttivo nel settore pubblico, in particolare in contesti strategici, come quello delle opere pubbliche<sup>6</sup>, irrigidisce gli ingranaggi della crescita economica<sup>7</sup>. Inoltre, il moltiplicarsi dei casi di corruzione determina una sostanziale distorsione della libera concorrenza e, nondimeno, una crescente sfiducia nelle istituzioni<sup>8</sup>.

Nel corso degli ultimi anni, l'azione legislativa avverso la corruzione si è sviluppata mediante l'impiego di strumenti aventi natura ed effetti differenti tra loro. Essi possono essere suddivisi in tre diverse categorie: strumenti di repressione, di prevenzione e collaborativo-premiali.

Nella prima categoria si collocano le misure a carattere repressivo-afflittivo<sup>9</sup>. L'insieme degli interventi legislativi, susseguitisi fino ad oggi, ha determinato un sostanziale aggravamento dell'intero sistema sanzionatorio<sup>10</sup> dei delitti contro la pubblica amministrazione<sup>11</sup> in un'ottica prettamente dissuasiva. Per di più, l'ultima tendenza legislativa di carattere "emergenziale"<sup>12</sup>, ha rafforzato, oltre al sistema delle pene principali, anche quello delle pene accessorie<sup>13</sup>. Quest'ultimo intervento legislativo ha inciso nel sistema

---

<sup>5</sup> OCSE (2013) «*Issue Paper: Corruption and Economic Growth*» «*Il vero costo sociale della corruzione non si può misurare soltanto sulla base della quantità di tangenti versate o di fondi pubblici oggetto di distrazione. Esso include anche la perdita di produzione dovuta a una cattiva allocazione delle risorse, alla distorsione degli incentivi e ad altre inefficienze causate dalla corruzione. La corruzione può anche generare effetti negativi sulla distribuzione del reddito e indifferenza verso la protezione dell'ambiente. Soprattutto, essa mina la fiducia nelle istituzioni legittime, riducendone la capacità di fornire servizi pubblici adeguati e un ambiente favorevole allo sviluppo del settore privato. In casi estremi, può comportare la delegittimazione dello Stato, che a sua volta determina instabilità politica ed economica. L'incertezza che ne consegue scoraggia l'impegno delle imprese private in una strategia di sviluppo a lungo termine, rendendo più accidentato il percorso verso la realizzazione dello sviluppo sostenibile.*»; la relazione tra crescita e corruzione è evidenziata da G. Corrado e L. Paganetto, *L'analisi economica della corruzione nel sistema istituzionale*, in *Combattere la corruzione: analisi e proposte*, a cura di M. D'Alberti, Cosenza, 2016, secondo cui «*la corruzione quando diventa sistemica impedisce lo sviluppo economico, indebolisce le istituzioni e la classe politica del Paese, rende inefficiente la gestione della spesa pubblica e ciò a sua volta ha un impatto negativo sui livelli di crescita economica*». Nella letteratura economica la relazione tra corruzione e de-crescita economica è evidenziata da K. M. Murphy - A. Shleifer - R.W. Vishny, *Why is rent seeking so costly to growth?*, in *American economic review papers anche proceedings* 83, n. 2, 1993, pp. 409-414;

<sup>6</sup> tra i casi più rilevanti Mafia capitale, Consip, Mose, Expo, ricostruzione post terremoto de l'Aquila;

<sup>7</sup> G. Forti, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano, superare la centralità della risposta carceraria*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Cont.*, 3-4, 2012, p. 180 secondo cui «*Economia e mercato non sono pensabili senza regole, senza garantire l'integrità di chi vi opera, a cominciare dai soggetti pubblici ... tra gli innumerevoli danni causati dalla corruzione c'è quello all'economia e alla concorrenza, al mercato appunto, che cessa di essere tale quando i suoi meccanismi vengono illecitamente alterati dalle tangenti.*»;

<sup>8</sup> rilevata anche da E. Dolcini, *La legge 190/2012*, p. 6, in quanto si assiste ad un «*calo di fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario*»;

<sup>9</sup> V. Mongillo, *Le riforme*, cit., pp. 2 ss., secondo cui l'aggravamento sanzionatorio è inteso «*in chiave di "lotta dura" ai fenomeni corruttivi*»; anche M. Gambardella, *Il grande assente*, cit., p. 45, secondo cui l'ultimo intervento legislativo (Legge 3 gennaio 2019, n. 3) è animato dall'idea di potenziare l'attività di prevenzione, accertamento e repressione.; di questo avviso anche M. Mantovani, *Il rafforzamento*, cit., p. 608; ancora L. Riscato, *La distrazione come appropriazione? Un dubbio vincibile in materia di peculato*, in *Giur. It.*, n. 12, 2019 p. 2752 che parla di «*passione punitiva*»;

<sup>10</sup> così L. Stortoni, *Il diritto penale*, cit., p. 385, nel senso di «*crescente rigore sanzionatorio*»; A. Spina, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., p. 1117; F. Cingari, *Una prima lettura*, cit., pp. 807-809, per cui gli aumenti dei limiti massimi delle pene principali sono indicative di un potenziamento dell'effettività dei reati e delle pene detentive minacciate dai delitti anticorruzione;

<sup>11</sup> allo stato dell'arte: peculato art. 314 c.p. il massimo edittale è arrivato a 10 anni e 6 mesi; corruzione per l'esercizio della funzione art. 318 c.p. il minimo edittale è portato a 3 anni (anziché 1 anno come previsto precedentemente) e il massimo edittale a 8 anni (anziché 6 anni); corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio art. 319 c.p. la forbice edittale viene portata a 6-10 anni; corruzione in atti giudiziari art. 319 *ter* la forbice edittale passa a 6-14 anni e 8-20 anni per l'ipotesi aggravata; induzione indebita a dare a promettere utilità art. 319 *quater* è innalzata 6-10 anni e 6 mesi;

<sup>12</sup> così V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 240; anche M. Gambardella, *Il grande assente*, cit., p. 45 in termini di «*persistente emergenza per lo stato di crisi o insufficienza del settore nonostante le incensanti riforme*»; oppure «*furore punitivo*» secondo B. Fragasso, *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a. in attesa della Consunta*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2020;

<sup>13</sup> in particolare, con la modifica dell'art. 317 *bis* c.p. si è estesa la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici ufficiali ai delitti di cui agli articoli: artt. 319 *bis*, 319 *quater* co.1, 320, 321, 322, 322 *bis*, e 346 *bis* (oltre a quelli già previsti artt. 314, 318, 319, 319 *ter*); inoltre, si è operato un innalzamento delle pene accessorie previste agli artt. 32 *ter* (incapacità di contrattare con la p.a. innalzando il massimo edittale a 5 anni), 32 *quater* (ampliando il novero dei reati la cui condanna comporta l'incapacità

penitenziario, limitando di fatto l'accesso ai benefici a tutti quei soggetti condannati per i delitti contro la pubblica amministrazione<sup>14</sup>.

La tendenza dissuasiva ha riguardato anche il rafforzamento delle misure a carattere economico<sup>15</sup>. Data l'incidenza della corruzione nel sistema economico, il legislatore ha predisposto una serie di misure *ad hoc* dirette al recupero delle utilità ottenute dalle condotte criminose<sup>16</sup>, oltre che a misure finalizzate alla mera aggressione dei proventi illeciti<sup>17</sup>. La *ratio* di fondo di siffatte misure, data la loro vocazione sia special preventiva<sup>18</sup> che general preventiva<sup>19</sup>, si concretizza nell'annullamento dell'idea di guadagno derivante dalla commissione delle condotte contro la pubblica amministrazione mediante la sottrazione proventi al reo.

La seconda categoria consta degli strumenti di prevenzione non penale. Il potenziamento delle misure di prevenzione amministrativa ha simboleggiato la vera innovazione del sistema normativo contro il fenomeno corruttivo<sup>20</sup>. Si è scelto, in sostanza, di intervenire non solo con lo strumento penale, di carattere meramente afflittivo, ma anche con strumenti interni all'apparato della pubblica amministrazione<sup>21</sup>. La tecnica utilizzata ha inciso profondamente nella struttura della pubblica

---

di contrattare con la p.a.), 35 (sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte la forbice edittale viene portata a 3 mesi/3 anni); per una più specifica trattazione riguardo il fenomeno delle pene accessorie cfr. N. Pistilli, *Le modifiche relative alle pene accessorie e alla riparazione pecuniaria*, in *Una nuova Legge contro la corruzione. Commento alla Legge 9 gennaio 2019, n. 3*, a cura di R. Orlandi – S. Seminara, Torino, 2019, pp. 13-32; V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 7; M. Gambardella, *Il grande assente*, cit., p. 49; M. Mantovani, *Il rafforzamento*, cit., p. 611; secondo P. Pomanti, *Nuovi strumenti*, cit., «tutte le modifiche alle pene accessorie, peraltro, risultano connotate dal medesimo fine: allontanare il più possibile il reo dal sistema pubblico.»; ancora, M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 2019, pp. 139-142;

<sup>14</sup> la riforma ha riguardato l'art. 4 *bis* L. 26 luglio 1975, n. 354 (ordinamento penitenziario): si è condizionato l'accesso ai benefici penitenziari a tutti i soggetti condannati per i delitti di cui agli artt. 314 co.1, 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater* co.1, 320, 321, 322, 322 *bis* c.p. alla collaborazione con la giustizia. *Ex multis* v. V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 281; G. Ballo, *Politiche criminali dell'anticorruzione*, cit., p. 832; A. Marandola, *L'inasprimento*, cit., p. 1160; V. Manes, *L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *diritto penale contemporaneo*, 2, 2019, pp. 105 ss.; B. Fragasso, *Legge "spazzacorrotti"*, cit.; inoltre, conferma del carattere repressivo della modifica apportata dal legislatore anche la Corte Costituzionale nella pronuncia n. 32 del 12 febbraio 2020, che ha confermato l'irretroattività dell'intervento legislativo;

<sup>15</sup> sin dalla Legge n. 300 del 2000 con l'introduzione della confisca per i delitti contro la pubblica amministrazione di cui all'art. 322 *ter* c.p.; inoltre, ad opera della Legge n. 296 del 2006 si è estesa l'applicazione della confisca allargata *ex art. 12 sexies* del d.l. 206 del 1992, ora art. 240 *bis* c.p., anche ai delitti contro la pubblica amministrazione.

<sup>16</sup> V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 223 secondo cui «il recupero coattivo del lucro illecito ottenuto dai funzionari pubblici diviene una meta essenziale, tale da condizionare anche l'operatività di diversi istituti di favore per il reo.»; F. Cingari, *Una prima lettura*, cit., p. 807, secondo il quale l'introduzione di misure come la riparazione pecuniaria sono indicative di un rafforzamento dell'apparato sanzionatorio del sistema anticorruzione;

<sup>17</sup> come ad esempio la confisca anche per equivalente prevista dall'art. 322 *ter*, comma 1, c.p. La confisca in esame prevista anche per i delitti contro la p.a. è volta ad aggredire ogni vantaggio economico derivante o meno dal reato. Solo quando la confisca diretta non sia possibile, interviene la confisca di valore, applicabile, a seguito della riforma del 2015, anche alle forme di profitto oltre a quelle del prezzo del reato;

<sup>18</sup> come la confisca diretta *ex art. 322 ter* c.p. e la confisca allargata *ex art. 240 bis* c.p.;

<sup>19</sup> come la confisca per equivalente estesa sia al prezzo che al profitto del reato *ex art. 322 ter* c.p.;

<sup>20</sup> Legge 6 novembre 2012, n.190 ha rappresentato «una vera e propria riforma di sistema, essa spostava il baricentro del contrasto alla corruzione su piano della prevenzione amministrativa», così A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., p. 1115; anche V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 223; G. Leotta, *Introduzione generale al fenomeno*, in *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, cit., p. 29, secondo cui «*ha determinato l'inizio di un processo di trasformazione dell'approccio al fenomeno corruttivo e al suo trattamento*».

<sup>21</sup> F. Cantone, *la prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, cit., p. 25;

amministrazione, eliminando sia le occasioni di mercimonio della funzione pubblica sia i fattori che ne favoriscono la diffusione<sup>22</sup>.

L'ultima categoria di strumenti impiegati dal legislatore nel contrasto del fenomeno corruttivo è data dalle misure a carattere riparativo-collaborativo.

Queste ultime sono frutto di una nuova direttrice politico-criminale<sup>23</sup>, potenziata, in particolare, negli ultimi anni nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione.

Esse riconoscono una serie di benefici di vario genere a patto che il reo compia azioni, volte a seconda i casi, a restituire il prezzo e il profitto del reato<sup>24</sup>, o a lenire le conseguenze pregiudizievoli della condotta illecita<sup>25</sup>, o ancora a dare informazioni necessarie al fine dell'accertamento del fatto delittuoso<sup>26</sup>.

In particolare, queste ultime misure a carattere collaborativo sono finalizzate a rompere il muro di omertà che contraddistingue i fenomeni corruttivi. La collaborazione del reo garantisce una maggiore effettività dell'azione investigativa nel penetrare nel sistema del mercimonio della funzione pubblica<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Gli strumenti di prevenzione della corruzione in seno alle pubbliche amministrazioni: conferimento di poteri incisivi in seno all'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione), adozione di piani anticorruzione, misure volte alla trasparenza dell'azione amministrativa, sistema di inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi, sistema volto alla rilevazione di situazioni di conflitti d'interesse, monitoraggio della performance delle singole amministrazioni; per una trattazione più specifica delle misure di prevenzione cfr. M. Annunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, cit., pp. 51-248; Inoltre, si evidenzia la forte spinta verso una giuridicizzazione di regole etiche e di condotta facenti capo ai dipendenti pubblici concretizzatasi con il D.P.R. n. 62/2013 (codice di comportamento). In particolare, le disposizioni e i divieti sulle regalie, che si inseriscono proprio nelle logiche di scongiurare fenomeni corruttivi. L'intento è quello di emarginare ogni comportamento che possa minare la correttezza e la probità della PA. I risvolti sono di natura disciplinare. Le norme del codice di comportamento infatti enucleano doveri d'ufficio che se trasgrediti rendono il dipendente soggetto a provvedimento disciplinare;

<sup>23</sup> così V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 232;

<sup>24</sup> Art. 444 co. 1 *ter* c.p.p.: «Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater* e 322 *bis* del Codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.»; per una disamina completa dell'istituto cfr. L. Ludovici, *Applicazione della pena su richiesta delle parti: le modifiche apportate dalla legge "spazzacorrotti"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 6, 2019, pp. 762-769; anche l'art. 165 co. 4 c.p.: «Nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321 e 322 *bis*, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento della somma determinata a titolo di riparazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 322 *quater*, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno.»;

<sup>25</sup> a titolo esemplificativo in questo senso anche la recente disposizione di cui all'art. 162 *ter* c.p. rubricata come «*estinzione del reato per condotte riparatorie*»;

<sup>26</sup> ad esempio l'art. 323 *ter* c.p.: «Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 *bis*, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353 *bis* e 354 *se*, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. »; per un'analisi della causa di non punibilità v. V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 264; R. Cantone – A. Milone, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6, 2019, pp. 5 ss.; anche art. 323 *bis* c.p.: «Se i fatti previsti dagli artt. 314, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *quater*, 320, 322, 322 *bis* e 323 sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite. Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 e 322 *bis*, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, la pena è diminuita da un terzo a due terzi.»; analisi v. V. Mongillo, *Le riforme*, cit., p. 12;

<sup>27</sup> G.M. Flick, *Novelle su corruzione e dintorni*, cit., pp. 3430 ss. osserva come il fenomeno corruttivo sia connotato da una cifra oscura, in quanto è fondato su di un rapporto di omertà basata sul consenso reciproco; anche V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., pp. 251-252 secondo cui tali misure contribuiscono all'emersione della corruzione nascosta; F. Cingari, *Una prima lettura*, cit., p. 807-812 che definisce «*efficace collaborazione volta a favorire la propensione alla denuncia e la rottura del patto corruttivo*»; M. Catenacci, *i delitti di corruzione*, cit., p. 92 secondo cui la promessa di uno sconto di pena per chi collabori con la Giustizia, aiuti a spezzare il vincolo di solidarietà criminale creatosi tra corrotto e corruttore, o addirittura a rendere più difficile la nascita in questo riprendendo, se pur in forma meno dirompente, proposte politico-criminali già avanzate all'epoca della indagine di mani pulite;

## 2. Lo strumento della riparazione pecuniaria ex art. 322 *quater* c.p.

Tra i vari strumenti finalizzati alla lotta della corruzione, spicca la riparazione pecuniaria prevista dall'art. 322 *quater* c.p., introdotto dalla Legge 27 maggio 2015, n. 69<sup>28</sup> e successivamente modificato dalla Legge 9 gennaio 2019, n. 3<sup>29</sup>.

L'art. 322 *quater* stabilisce che «con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321 e 322 *bis*, è sempre ordinato il pagamento di una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno».

Dalla lettura della disposizione si evincono alcuni tratti peculiari che caratterizzano la particolare misura della riparazione pecuniaria.

Innanzitutto, vi è certamente il carattere dell'obbligatorietà<sup>30</sup>. Va osservato che non residua alcun spazio di discrezionalità in capo al giudice, quasi da far sembrare la riparazione pecuniaria come un automatismo sanzionatorio. Essa scatta nel momento della condanna per i reati richiamati dall'art. 322 *quater* c.p., a prescindere da ogni valutazione giudiziaria in ordine all'*an* della misura<sup>31</sup>. Il giudice si limita a commisurare il *quantum* richiesto a titolo di riparazione pecuniaria parametrandolo a prezzo e al profitto del reato.

Altro tratto immediatamente collegato all'obbligatorietà è il *locus* applicativo della misura. Essa trova applicazione esclusivamente nella sentenza di condanna<sup>32</sup>. Come osservato in giurisprudenza, la norma fa riferimento alla sentenza di condanna propriamente detta, ovvero all'atto giurisdizionale di accertamento della responsabilità penale conclusivo del giudizio ordinario oppure abbreviato, ma non anche allo strumento giurisdizionale dell'applicazione della pena su richiesta delle parti<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup>La versione precedente recitava «Con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis*, è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-*ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno».

<sup>29</sup> Attenta analisi delle modifiche apportate dalla Legge 9 gennaio 2019, n. 3, cc.dd. Riforma "Spazzacorrotti", sulla riparazione pecuniaria ex art. 322 *quater* c.p. v. M. Mantovani, *Il rafforzamento*, cit., p.617; e V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., pp. 231 ss.;

<sup>30</sup> M. Romano, *I delitti*, cit., p. 343;

<sup>31</sup> D. Bianchi, *Lo "strano caso" dell'art. 322-*quater* c.p. tra statica e dinamica dei paradigmi sanzionatori*, in *Cass. Pen.*, n. 12, 2019, p. 4573, il giudice (penale) non ha alcun margine di discrezionalità nell'*an* dell'applicazione, applicabile *ex officio* senza alcuna richiesta da parte della pubblica accusa oppure dall'amministrazione lesa; anche N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p. 41 che esclude alcuna discrezionalità giudiziale;

<sup>32</sup> Il *locus* applicativo della riparazione pecuniaria determina anche la natura pubblica della misura in questione come rilevato da S. Seminara, *Riflessioni sulla "riparazione" come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, a cura di C.E. Paliero – F. Viganò – F. Basile – G.L. Gatta, vol. II, 2018, Milano, p. 563; V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 289; anche secondo D. Bianchi, *Lo "strano caso"*, cit., p. 4573;

<sup>33</sup> come espresso dalla Cass. Pen., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541 secondo cui «detta espressione debba ritenersi riferita al provvedimento conclusivo del giudizio ordinario o abbreviato, ma non anche alla sentenza di applicazione della pena.» Invece per confisca ex art. 322 *ter* c.p. sono menzionate entrambe, ovvero la sentenza di condanna e l'applicazione della pena su richiesta delle parti. A tal proposito, il rito semplificato ex art. 444 c.p.p. è stato condizionato ai sensi del co. 1 *ter* alla restituzione integrale del prezzo e del profitto del reato. Quest'ultimo dato è conferma del carattere obbligatorio della misura



Ai fini dell'applicazione della riparazione pecuniaria, la condanna deve riguardare esclusivamente i reati contemplati dalla norma. Tra di essi vi sono i delitti di peculato, concussione, induzione e corruzione propria ed impropria. Ad essi si è inserita, inoltre, anche la fattispecie di cui all'art. 321 c.p. A seguito di quest'ultima aggiunta, la cerchia dei soggetti destinatari della misura si è ampliata. Oltre al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio, la riparazione pecuniaria colpisce anche soggetti *extranei* alla pubblica amministrazione come l'indotto *ex art. 319 quater* co.2 c.p. e il privato conduttore *ex art. 321 c.p.*<sup>34</sup>.

Delineata la sede e i presupposti applicativi, la riparazione pecuniaria si sostanzia nel pagamento a carico del soggetto condannato di una somma equivalente al profitto e al prezzo del reato in favore dell'amministrazione lesa.

Nella sua prima formulazione, la misura si sostanzava nel pagamento di una somma di denaro pari a quanto ricevuto dal reato. Il riferimento al *quantum* ricevuto dal reato creava alcune criticità applicative<sup>35</sup>. Risultava difficoltoso, semmai impossibile, irrogare la misura per la fattispecie di peculato vista la diversità ontologica e semantica tra appropriazione, che richiede la figura di peculato, e ricezione<sup>36</sup>, che invece richiedeva la precedente versione di riparazione pecuniaria. Inoltre, essa era di fatto preclusa per tutte le ipotesi tentate e per quelle fattispecie che si perfezionano con la sola promessa, come ad esempio le fattispecie di concussione o di corruzione<sup>37</sup>. Per di più, risultava alquanto "scomoda" nel caso in cui il *quantum* ricevuto fosse erogato in favore di un terzo, oppure l'utilità non fosse economicamente valutabile, o ancora quando non fosse possibile rinvenire ad una dualità di scambio come nelle ipotesi di corruzione sistemica<sup>38</sup>.

Visti i *deficit* applicativi, il *quantum* ottenuto ha lasciato spazio al profitto del reato. Il legislatore, nella riforma apportata nel 2019, ha riallineato l'oggetto della riparazione pecuniaria a quello delle altre misure patrimoniali, ovvero al prezzo e al profitto del reato<sup>39</sup>.

---

in questione in quanto è una conseguenza non patteggiabile dalle parti, v. A. Spena, *Dalla punizione*, cit., p. 1124; v. D. Bianchi, *Lo "strano caso"*, cit., p. 4573; A. Romano, *Riparazione pecuniaria e sentenza di patteggiamento: una inedita (im)possibilità*, in *Giurisprudenza penale web*, 4, 2019;

<sup>34</sup> Come rilevato anche da N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p.38 M. Romano, *I delitti*, cit., p. 345 secondo cui la versione precedente determinava una disparità di trattamento nelle fattispecie a concorso necessario di soggetti pubblici e soggetti privati; così anche M. Mantovani, *Il rafforzamento*, cit., p.617; D. Bianchi, *Lo "strano caso"*, cit., p. 4573 che parla di "allargamento soggettivo";  
<sup>35</sup> A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., p. 1124 definiva l'uso di tali espressioni infelice e forviante; ancora N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p. 38; S. Seminara, *Riflessioni*, cit., p. 562;

<sup>36</sup> M. Romano, *I delitti*, cit., p. 344; così anche A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., p. 1123 secondo cui creava problemi con il delitto di peculato di cui all'art. 314 c.p. in quanto la condotta non ruota su un dare/ricevere, ma su un appropriarsi; ancora con le pregresse difficoltà applicative rispetto al peculato anche F. Cingari, *Una prima lettura*, cit., p. 811; D. Bianchi, *Lo "strano caso"*, cit., p. 4574;

<sup>37</sup> M. Romano, *I delitti*, cit., p. 163, secondo cui la fattispecie di cui all'art. 318 c.p. si consuma con il raggiunto accordo; *Ivi*, p. 225 rispetto alla fattispecie di cui all'art. 319 c.p.

<sup>38</sup> N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p.38.; anche F. Cingari, *Una prima lettura*, cit., p. 811 secondo cui la corruzione sistemica si caratterizza per un processo di una vera e propria smaterializzazione della tangente che rende difficoltosa l'irrogazione della riparazione pecuniaria;

<sup>39</sup> Il profitto viene identificato nel vantaggio economico derivante in via diretta ed immediata dalla commissione dell'illecito. V. Cass. Pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617; invece il prezzo individuato come compenso dato o promesso ad una determinata persona come corrispettivo per l'esecuzione del delitto. V. Cass. Pen., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691; ancora

In tal modo, la categoria di profitto, permette una determinazione più dettagliata ed efficace della somma pari a ogni vantaggio patrimoniale, diretto o indiretto, che provenga dal reato<sup>40</sup>.

Va però rilevato che il riferimento al prezzo e al profitto del reato crea non pochi problemi di coordinamento con le altre misure di carattere patrimoniale. È opportuno precisare, che la funzione svolta dal prezzo e dal profitto del reato nella riparazione pecuniaria è sostanzialmente diversa rispetto a quella svolta in altre misure.

Nella riparazione pecuniaria il profitto e il prezzo del reato fungono da criterio di quantificazione della somma richiesta al reo<sup>41</sup>; invece, nelle altre misure patrimoniali, come ad esempio nella confisca, rappresentano l'oggetto stesso su cui ricade la misura<sup>42</sup>.

Dal dato normativo, inoltre, emerge che la somma richiesta al condannato a titolo di riparazione pecuniaria è destinata all'amministrazione lesa.

Nella sua precedente versione la riparazione pecuniaria era indirizzata all'amministrazione di appartenenza del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio. La riparazione risultava riferirsi ai soli casi in cui il reo apparteneva al plesso organizzativo della p.a. lesa. L'estraneità del reo all'amministrazione in concreto lesa pregiudicava l'operatività della riparazione. Infatti, la destinazione all'amministrazione di appartenenza risultava problematica nel caso in cui soggetto condannato fosse un soggetto *extraneus* alla p.a., come nel caso di induzione indebita, oppure nel caso in cui, seppur *intraneus* alla p.a., arrecava un danno ad un plesso diverso dell'amministrazione di appartenenza.

Nell'attuale versione, a causa anche dell'ampliamento dei soggetti destinatari della misura in esame, tra cui i privati corruttori, estranei ad ogni plesso della pubblica amministrazione, il legislatore ha voluto far riferimento all'amministrazione lesa<sup>43</sup>.

L'esplicito riferimento all'amministrazione lesa, e non ad esempio all'Erario di Stato<sup>44</sup>, produce un duplice effetto: da un lato, evidenzia i confini della riparazione pecuniaria rispetto ad altre figure simili; dall'altro, la avvicina ad istituti di carattere risarcitorio.

---

v. E. Mezzetti, *Profitto e prezzo confiscabili e confisca per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), delinea perfettamente il discrimine tra il profitto e il prezzo del reato. Infatti «Sebbene si tratti di concetti che lasciano ancora qualche margine di discrezionalità al giudice, con buona approssimazione può affermarsi che mentre il primo (profitto) esprime il vantaggio economico derivante dal reato, il secondo (prezzo) indica invece l'utile pattuito e versato come corrispettivo della sua esecuzione.»;

<sup>40</sup> N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p.39 evidenzia come l'attuale riferimento al profitto e al prezzo del reato presuppongono uno stadio dell'iter criminoso piuttosto avanzato; ne consegue la difficoltà di poter rinvenire ad un profitto o ad un prezzo nella fase dalla promessa, la quale per alcune fattispecie, come l'induzione, la corruzione o la concussione ne rappresenta la consumazione;

<sup>41</sup> V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p. 289;

<sup>42</sup> la confisca è finalizzata a eliminare tutto ciò che deriva o è collegato al reato, nell'ottica di distogliere il reo o gli altri consociati dal reato secondo la logica del *crime doesn't pay* v.

<sup>43</sup> Da tale modifica è venuta meno il riferimento specifico all'amministrazione della giustizia nel caso di riparazione pecuniaria disposta a seguito di condanna per l'art. 319 *ter* c.p. visto che non si fa più riferimento all'amministrazione di appartenenza; secondo N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p.41 secondo cui tale modifica apre anche all'eventualità in cui la condotta abbia potuto arrecare pregiudizio a più enti per cui il reo può essere obbligato a pagare più riparazioni pecuniarie per ogni amministrazione lesa; Al concetto di appartenenza, inoltre, non poteva essere ricondotta la figura giurisprudenziale del funzionario di fatto;

<sup>44</sup> come riporta D. Bianchi, *Lo "strano caso"*, cit., p. 4574;

Grazie al riferimento dell'amministrazione lesa, può ritenersi che la riparazione pecuniaria sia un istituto diverso rispetto alle altre ipotesi di pene pecuniaria, come ad esempio le multe o le ammende<sup>45</sup>. Queste ultime sono indirizzate all'Erario dello Stato, a differenza della riparazione pecuniaria che è indirizzata all'amministrazione lesa dalla condotta illecita del reo.

Inoltre, al fine di coordinare le varie misure patrimoniali attivabili, tra cui quelle di carattere risarcitorio, la disposizione in esame fa salva e non pregiudica l'azione di risarcimento del danno da parte del soggetto danneggiato dalla condotta criminosa<sup>46</sup>. In tal modo, il legislatore pone le due misure, la riparazione e il risarcimento danno su due piani differenti, seppur accomunate dalla destinazione della somma, ovvero all'amministrazione lesa. Da un lato la riparazione pecuniaria, disposta obbligatoriamente dal giudice penale in sede di condanna; dall'altro l'azione di risarcimento del danno, proposta dal soggetto danneggiato nella sede più opportuna<sup>47</sup>.

### 3. Incertezze sulla natura giuridica della riparazione pecuniaria

Tratteggiati i contorni della riparazione pecuniaria, la questione principale concerne la corretta qualificazione della propria natura giuridica<sup>48</sup>.

La corretta identificazione della natura giuridica permette di comprendere quali siano i corollari applicabili alla misura in questione, in ottica di tutela e garanzia.

Nella riparazione pecuniaria di cui all'art. 322 *quater* c.p. coesistono due differenti funzioni: la prima di carattere compensativo-riparativo; e la seconda di carattere afflittivo-punitivo.

Innanzitutto, ad evidenziare la funzione compensativa-riparativa vi è il dato letterale. La disposizione parla, infatti, di riparazione<sup>49</sup>. Essa sembra ispirata ad una logica di sussidiarietà successiva tanto cara agli

---

<sup>45</sup> di questo avviso v. M. Romano, *I delitti*, cit., p. 345; F. Cingari, *Una prima lettura*, cit., p. 811 in caso di impossibilità per il condannato ad adempiere la riparazione pecuniaria non potrà essere convertita ai sensi dell'art. 136 c.p. non essendo assimilabile ad una pena pecuniaria come la multa o l'ammenda; diversamente A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., p. 1124 che la considera alla stregua di una pena pecuniaria;

<sup>46</sup>così anche M. Romano, *I delitti*, cit., p. 345 che include nell'azione di risarcimento del danno anche l'azione volta a richiedere il risarcimento del danno erariale patrimoniale e non patrimoniale;

<sup>47</sup> parere discordante v. D. Bianchi, *Lo "strano caso"*, cit., p. 4582 secondo cui la locuzione "resta impregiudicato il risarcimento del danno" può ritenersi non solo istitutiva di una rigida ed assoluta incomunicabilità tra riparazione e risarcimento, ma può essere interpretata nel senso che la riparazione non può ritenersi di per sé assorbente ogni debenza a titolo risarcitorio, potendo sempre il danneggiato vedersi liquidato il maggior danno". Ivi, pp. 4581 ss., per di più l'autore fa riferimento alla disposizione di cui all'art. 165 co.4 la cui riparazione pecuniaria lascia salvo il diritto dell'ulteriore eventuale risarcimento del danno, venendo meno la completa eterogeneità tra risarcimento del danno e riparazione pecuniaria, per cui la stessa riparazione può ricomprendere ed esaurire l'obbligazione risarcitoria.;

<sup>48</sup> così Ivi, p. 4582 «*istituto ontologicamente ambiguo*»;

<sup>49</sup>Secondo alcuni autori la misura della riparazione pecuniaria *ex art. 322 quater* c.p. sembra richiamare la riparazione presente nel Codice penale del 1889 all'art 38 secondo cui il giudice poteva ordinare su richiesta della parte offesa il pagamento di un somma a titolo di riparazione, in tal caso come osserva v. S. Seminara, *Riflessioni*, cit., pp. 553 ss., viene intesa alla stregua di un'integrazione sanzionatoria nel momento in cui la sanzione principale non fosse stata sufficiente ad appagare le legittime pretese della persona offesa; inoltre, è lampante anche l'accostamento alla riparazione prevista dall'art. 12 L. n. 40 del 1948 secondo cui a seguito della condanna per diffamazione aggravata è dovuto il pagamento di una somma di danaro a titolo di riparazione v. M. Romano, *I delitti*, cit., p. 343; c'è anche chi come D. Bianchi, *Lo "strano caso"*, cit., p. 4575, trova similitudini

ultimi interventi legislativi, che incentivano condotte successive riparative con la finalità di ottenere “premi”<sup>50</sup>, come l’estinzione del reato, la non punibilità oppure la diminuzione della pena.

A conferma della finalità riparativa della misura in questione, depongono i criteri stabiliti dalla disposizione per parametrare l’entità della somma richiesta a titolo di riparazione pecuniaria. Essi fanno riferimento al prezzo e al profitto del reato, e non all’offensività della condotta e alla personalità del reo<sup>51</sup>. Inoltre, dato non meno importante, vi è il fatto che la somma richiesta a titolo di riparazione pecuniaria viene indirizzata alla pubblica amministrazione lesa dalla condotta illecita<sup>52</sup>.

Il carattere propriamente riparativo, però, viene meno di fronte ad altri elementi che caratterizzano la misura. In prima istanza, vi è il fatto che essa è autonoma da ogni decisione del reo<sup>53</sup> oppure da ogni richiesta della parte danneggiata<sup>54</sup>. Riguardo a quest’ultimo profilo non è un caso che il legislatore evidenzi l’autonomia della misura in esame rispetto all’azione di risarcimento<sup>55</sup>. Si tratta di una misura obbligatoria, in quanto viene applicata dal giudice a seguito della condanna per i reati previsti dalla norma; inoltre, rileva anche il carattere pubblicistico della misura in quanto trova la sua naturale sede applicativa nel provvedimento giurisdizionale di condanna.

È una misura che ha poco a che fare con la riparazione *tout court*, in quanto non vi è alcuna azione del reo uguale e contraria rispetto all’azione offensiva. La misura di cui all’art. 322 *quater* c.p. non ripara il male arrecato ma lo sanziona<sup>56</sup>. Il reo non si attiva per riparare il danno, ma è solo soggetto passivo della misura. Esso non va in alcun modo a compensare oppure a riparare il male arrecato alla amministrazione lesa, ma è costretto dalla decisione giurisdizionale del giudice a pagare una somma perimetrata al prezzo e al profitto del reato.

Volgendo lo sguardo all’intero sistema, è agevole riscontrare ulteriori indici che depongono per la sua funzione afflittivo-sanzionatoria. In primo luogo, si tratta di una misura non patteggiabile<sup>57</sup>, in quanto

---

con la riparazione pecuniaria di cui all’art. 187 *undecies* T.U.F., la cui dimensione è indiscutibilmente penalistica e pubblicistica, in virtù dei criteri che rimandando all’offensività della condotta illecita;

<sup>50</sup> M. Bertolino, *Il risarcimento del danno, tra pretese riparatorio-compensative e istanze punitive nel canone del diritto penale*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 5, 2019, p. 193 parla di misure di “riparazione premiale”;

<sup>51</sup> D. Bianchi, *Lo “strano caso”*, *cit.*, p. 4577; secondo F. Mazzacuva, *L’incidenza della definizione “convenzionale” di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3, 2015, p. 10, la tecnica di quantificazione legata all’entità del danno-conseguenza è “fattore determinante” per determinare la natura riparativa di una misura.; l’entità non viene parametrata all’entità del pregiudizio subito, ciò da diversificarlo dal risarcimento del danno previsto dall’art. 1 co.62 L. n. 190 del 2012, c.d. danno da immagine della p.a;

<sup>52</sup> al contrario secondo F. Mazzacuva, *L’incidenza della definizione “convenzionale”*, *cit.*, p.10, il riferimento al destinatario della misura non è decisivo al fine di confermare il carattere riparativo;

<sup>53</sup> V. Mongillo, *La legge “spazzacorrotti”*, *cit.*, p. 286; di questo avviso anche F. Mazzacuva, *L’incidenza della definizione “convenzionale”*, *cit.*, p. 10 secondo l’iniziativa della parte lesa non è determinante per confermare il carattere riparativo di qualsiasi misura.;

<sup>54</sup> v. N. Pistilli, *Le modifiche*, *cit.*, p. 40; anche S. Seminara, *Riflessioni*, p. 532 nel senso che prescinde dalla richiesta dell’ente pubblico;

<sup>55</sup> V. Mongillo, *La legge “spazzacorrotti”*, *cit.*, p. 287;

<sup>56</sup> *ex multis* A. Spina, *Dalla punizione alla riparazione?*, *cit.*, p. 1223 secondo cui è riparazione in senso a-tecnico p. 1223; V. Mongillo, *La legge “spazzacorrotti”*, *cit.*, p. 286 che individua una distonia tra scopi dichiarati e funzioni latenti; S. Seminara, *Riflessioni*, *cit.*, p. 565; M. Romano, *cit.*, p. 343 secondo cui l’art. 322 *quater* si spinge più avanti rispetto ad una misura prettamente riparativa;

<sup>57</sup> A. Spina, *Dalla punizione alla riparazione*, *cit.*, p. 1124, parla di parte della pena non patteggiabile; di questo avviso anche; F. Cingari, *Una prima lettura*, *cit.*, p. 811;

l'art. 444 co. 1 *ter* c.p.p. richiede il versamento di una somma a titolo di riparazione pecuniaria per accedere al rito semplificato più favorevole al reo; in secondo luogo, la misura in oggetto, resiste anche alla sospensione condizionale dell'esecuzione della pena. Infatti, ai sensi dell'art. 165 co. 4 c.p. affinché si possa procedere alla sospensione dell'esecuzione della pena il reo deve versare una somma di danaro a titolo di riparazione pecuniaria.

Tali elementi attribuiscono alla riparazione pecuniaria una spiccata attitudine punitiva<sup>58</sup>, che prevale e domina la coesistente funzione riparativa. Essa si atteggia come una vera e propria sanzione. In questi termini va a rafforzare l'arsenale sanzionatorio a disposizione del giudice nella lotta ai reati contro la pubblica amministrazione.

Il *nomen iuris* utilizzato dal legislatore tradisce l'interprete in quanto ci si trova di fronte ad una misura con una particolare portata afflittiva<sup>59</sup>.

Secondo alcuni, la riparazione pecuniaria rappresenta una sanzione civile<sup>60</sup>. A sostegno di tale qualificazione depone la destinazione della somma richiesta a titolo di riparazione pecuniaria<sup>61</sup>. Anche gli indici di quantificazione della misura, ovvero il profitto e il prezzo del reato<sup>62</sup>, evidenziano l'eccentricità rispetto alle altre sanzioni principali e accessorie di carattere penale, in quanto vengono parametrize all'offensività e gravità della condotta e nondimeno alla personalità del reo<sup>63</sup>.

Vi è pure chi sostiene che la riparazione pecuniaria abbia una tendenziale natura penale. Più precisamente, una natura di carattere para-penale<sup>64</sup>, in quanto la misura sconta la presenza di elementi a carattere riparativo.

---

<sup>58</sup> N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p. 39 misura squisitamente punitiva; V. Mongillo, *Le riforme*, cit., p. 14 che individua una funzione «non solo compensatoria, ma anche (e soprattutto) punitivo-deterrente»; F. Vergine, *Poche luci e molte ombre*, cit., parla in ordine alla riparazione pecuniaria di connotati sanzionatori;

<sup>59</sup> V. Idem, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p.286 parla «di uno dei più potenti casi di frode delle etichette consumati dal legislatore negli ultimi anni»;

<sup>60</sup> di questo avviso S. Seminara, *Riflessioni*, cit., p.563 secondo cui la riparazione pecuniaria si colloca nel variegato mondo delle sanzioni civili; ancora, la definisce come una sanzione di tipo civilistico, *sui generis* nel panorama nel nostro Codice Penale; ancora, M. Mantovani, *Il rafforzamento*, cit., p. 618; anche la giurisprudenza in Cass. Pen., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541 definisce la riparazione pecuniaria come una tipica obbligazione civilistica in virtù del suo contenuto squisitamente economico; Inoltre vi è anche chi trova similitudine con i danni punitivi M.C. Barbieri, *Il risarcimento come pena? Il danno morale (ri)vista con le lenti del penalista*, in la pena ancora?, P. 824; Ancora M. Bertolino, *Il risarcimento del danno*, cit., pp. 183-204; inoltre C. Masieri, *Decriminalizzazione e ricorso alla sanzione pecuniaria civile*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), evidenzia come le pene private, al contrario delle ipotesi di risarcimento del danno, oltre a risarcire il danno patrimoniale consentono di risarcire in *over compensation*, evidenziando la propria vocazione preventiva e sanzionatoria. Inoltre, le pene private sono preferite rispetto alle classiche sanzioni penali in quanto esclude il godimento del vantaggio patrimoniale; Invece secondo A. Gargani, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *Leg. Pen.*, 2019, p. 3 la sanzione ultra-compensativa è "civile" solo in relazione al giudizio, ma in realtà è concepita in termini strettamente punitivi, con funzioni general-preventive e repressive analoghe a quelle sottese alle sanzioni penali.

<sup>61</sup> Secondo BRICOLA, *Le "pene private" e il penalista*, in F. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, 1985, Milano, pp. 29 secondo cui la destinazione della somma verso il soggetto leso è il criterio principale di demarcazione tra le sanzioni civili rispetto alle sanzioni penali e amministrative.

<sup>62</sup> Il parametro del "profitto" viene richiamato per la quantificazione delle "pene private" come ad esempio quella prevista dall'art. 125 D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 152 (Codice della proprietà industriale);

<sup>63</sup> così S. Seminara, *Riflessioni*, cit., p. 563; inoltre, come osserva M. Bertolino, *Il risarcimento del danno*, cit., p.194, i criteri che attengono l'offensività della condotta e la personalità dell'agente depongono a favore della natura penale e afflittiva della riparazione pecuniaria di cui all'art. 187 *undecies* T.U.F.;

<sup>64</sup> V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2017, p. 1002; ancora A. Gargani, *Sanzioni pecuniarie civili*, cit, p.9;

Nonostante i caratteri che fondano la natura penale, come ad esempio l'obbligatorietà in caso di condanna e l'autonomia rispetto all'azione di risarcimento, ve ne sono altri che la attenuano. Elementi come la destinazione al soggetto leso e la quantificazione della somma, scollegata da criteri inerenti l'offensività e la gravità della condotta, attenuano il carattere penale, non escludendolo del tutto. Inoltre, ad escludere il carattere civilistico della sanzione vi è anche il fatto che essa viene pur sempre applicata da un giudice penale in una sentenza di condanna; però, nemmeno può dirsi che si tratta di una sanzione fino in fondo penale in quanto non vengono in rilievo nella quantificazione l'offensività o la personalità dell'agente. Per questo motivo si dice la riparazione pecuniaria di cui all'art. 322 *quater* c.p. abbia una natura di carattere para-penale.

Le due posizioni fin qui analizzate determinano una fuga più o meno parziale dalla materia penale, e conseguentemente dalle garanzie che la presidiano<sup>65</sup>.

L'esclusione, anche parziale, dalle garanzie in ambito penale, come il principio di irretroattività, di tassatività e determinatezza, di prevedibilità in concreto e in astratto e di proporzionalità, determina un'assenza di tutela nei confronti di una misura connotata da una portata estremamente afflittiva.

#### 4. Una possibile soluzione “convenzionale”

La divergenza tra forma e sostanza, che connota la riparazione pecuniaria ex art. 322 *quater* c.p., ha reso difficoltosa la corretta configurazione della natura giuridica. Infatti, gli strumenti e i criteri finora utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, hanno dato risultati ambigui e anche contraddittori. Non è un caso che il dato finora raccolto non è in grado di conferire una natura univoca all'istituto in oggetto, determinando anche una certa incertezza sulle garanzie e lo statuto conseguentemente applicabile.

Regna l'incertezza e l'ambiguità riguardo ad una misura che in concreto, insieme alle altre sanzioni irrogabili, espone il reo ad un rilevante carico sanzionatorio.

Per questi motivi, vista l'incapacità degli strumenti interni di addivenire ad una soluzione certa e univoca, risulta decisivo l'impiego di criteri idonei a svelare la vera natura giuridica della misura in esame.

La giurisprudenza europea, in particolare quella della Corte EDU<sup>66</sup>, offre specifici indici in grado di determinare la corretta portata sostanziale della misura in esame. Tali criteri, che prendono il nome dalla famosa sentenza della *Grande Chambre* della Corte EDU Engel e altri contro Paesi Bassi, sono impiegati per svelare la vera natura di determinate misure, in tal modo da poterle assoggettare allo statuto delle

---

<sup>65</sup> R. Acquaroli, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia della Corte Costituzionale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2, 2020, p. 199 secondo cui la giurisprudenza costituzionale riconosce per le sanzioni di carattere para-penale un alveo di garanzie più ristretto rispetto allo *status* costituzionale della pena in senso stretto;

<sup>66</sup> Corte EDU, 8 giugno 1986, Engel e altri c. Italia; Corte EDU, 25 aprile 2004, Öztürk c. Germania; dello stesso avviso anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 5 giugno 2012, C-489/10, Bonda; A.F. Tripoti, *Cumuli punitivi*, ne bis in idem e proporzionalità. In *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2017, pp. 1047 ss. che parla di «*archetipi giurisprudenziali*»;

garanzie della “*matière pénale*”<sup>67</sup>, riconosciuto dalla CEDU, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dall’ordinamento interno<sup>68</sup> e dalla privazione della libertà personale<sup>69</sup>.

Tali criteri vanno oltre al riferimento formalistico, e cercano di penetrare e disvelare la vera natura sostanziale della misura.

L’elasticità dei criteri richiamati è garantita anche dalla loro applicabilità alternativa e non cumulativa<sup>70</sup>.

Il primo criterio prende in considerazione il *nomen iuris* utilizzato dal legislatore. La misura in questione prende il nome di riparazione pecuniaria. Come già detto, la riparazione, nella sua normale declinazione, delinea quella condotta volontaria del reo uguale e contraria alla condotta illecita, in grado di eliminare o lenire gli effetti pregiudizievoli.

Il richiamo al concetto di riparazione, come rinviene nella rubrica dell’art. 322 *quater*, può essere forviante, in quanto non è in linea con le caratteristiche che connotano la misura.

Si è, infatti, dinanzi ad una misura a carattere obbligatorio e applicabile esclusivamente in una sentenza di condanna per i reati richiamati dalla disposizione. Non si tratta di una azione spontanea del reo; ma al contrario, di una misura imposta dal giudice, alla stregua di ogni altra sanzione.

Alla stregua del secondo criterio, elaborato dalla sentenza Engel, in forza della struttura e dei requisiti applicativi, ne discende una natura decisamente afflittiva della riparazione pecuniaria. Essa però, come ricordato in precedenza, viene attenuata dalla destinazione a cui è indirizzata la misura, ovvero nei confronti dell’amministrazione lesa, e dalla estraneità dai criteri di quantificazione, dell’offensività della condotta e della personalità dell’agente.

Per questo motivo, risulta necessario calibrare la misura di cui all’art. 322 *quater* c.p. alla stregua del terzo ed ultimo criterio Engel il quale pone in risalto il grado di severità e di afflittività della misura in esame.

È innegabile come la riparazione pecuniaria aggravi il carico sanzionatorio in capo al reo. Essa si aggiunge sia alle sanzioni detentive che alle altre sanzioni di carattere patrimoniale come ad esempio alla confisca<sup>71</sup>.

Nondimeno, in virtù di una visione globale dell’ordinamento e delle varie innovazioni apportate nel campo dei reati contro la p.a., è fondamentale rilevare la notevole forza che caratterizza la misura in esame. La riparazione pecuniaria, a differenza di ogni altra misura applicata dal giudice nella sentenza di

---

<sup>67</sup> V. Manes, *Profili e confini*, cit., p. 998; e M. Donini, *Septies* in idem. *Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. Pen.*, 7, 2018, pp. 2284 ss.;

<sup>68</sup> v. V. Manes, *Profili e confini*, cit., p. 994-995, sull’approccio antiformalistico e sullo sforzo di andare “*behind the appearance*”; F. Mazzacuva, *L’incidenza della definizione “convenzionale”*, cit., p. 7 sulla esigenza di sottoporre ad un giudizio critico-dimostrativo ogni determinazione della pubblica autorità idonei ad incidere sull’esercizio di prerogative soggettive fondamentali, ribaltando così l’ideologia gius-positivistica che individua nel legislatore il “padrone” delle qualificazioni giuridiche; ancora Idem, *La pena nascosta*, cit., p. 13, quale criterio della “*very nature of the offence*”; sulla possibilità di estendere i criteri Engel agli illeciti civili v. A. Gargani, *Sanzioni pecuniarie civili*, cit., p. 5; A. Manna, *La responsabilità dell’ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 3-4, 2018 in relazione alle misure in merito alla responsabilità degli enti collettivi; Corte EDU, Sez. I, 8 novembre 2018, in commento A. Costantini, *Il Daspo è una “sanzione penale” agli effetti della Cedu? Riflessi in materia di ne bis in idem processuale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 8, 2019, p.1158, in relazione al daspo di cui all’art. 6 della Legge n. 401 del 1989;

<sup>69</sup> F. Mazzacuva, *le pene nascoste*, cit., p. 18, evidenzia il declino dell’*argumentum libertatis*;

<sup>70</sup> per questo Ivi, p. 20;

<sup>71</sup> M. Donini, *Septies* in idem., cit., pp. 2292 ss. parla infatti di “*septies in idem* quale groviglio di rovi”;

condanna, resiste sia alla sospensione condizionale dell'esecuzione che al patteggiamento. Essa, sulla base della riforma del 2015, è posta come presupposto applicativo per accedere sia all'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti che per richiedere la sospensione condizionale della pena. Da ciò consegue che la riparazione pecuniaria possiede una notevole forza afflittiva in quanto risulta insensibile rispetto agli istituti del patteggiamento e della sospensione condizionale, in quanto il reo è obbligato a corrisponderla.

Quest'ultimi dati confermano il notevole grado afflittivo della riparazione pecuniaria, tanto da ricondurre la misura nell'alveo della materia penale<sup>72</sup> e quindi all'applicazione di tutti i corollari e garanzie, tra cui il principio di proporzionalità e il principio di *ne bis in idem* sostanziale.

## **5. Il difficile rapporto con la confisca *ex art. 322 ter* alla stregua del principio di *ne bis in idem***

La riparazione pecuniaria pone non pochi problemi di coordinamento con le altre misure di carattere patrimoniale.

Fin dalla sua prima apparizione nel 2015, si è notato in dottrina come la riparazione pecuniaria potesse sovrapporsi con la confisca prevista dal "vicino" art. 322 *ter* c.p..

Le due misure, oltre ad essere disposte per i medesimi reati, fanno entrambe riferimento al prezzo e al profitto del reato<sup>73</sup>.

A ben vedere, però, le due misure non sono perfettamente sovrapponibili.

Un primo profilo di differenza si può scorgere nella diversa funzione che svolge il profitto e il prezzo del reato nella confisca e nella ripetizione pecuniaria.

Il profitto e il prezzo costituiscono l'oggetto stesso della confisca. Su di essi ricadono gli effetti dell'ablazione patrimoniale. In quanto misura a carattere ablatorio, essa è volta ad eliminare, sia in ottica special preventiva che general preventiva, ogni provento derivante dal reato.

Invece, il prezzo e profitto del reato nella riparazione pecuniaria svolgono una funzione di quantificazione della somma richiesta dal giudice in sede di condanna. Essa è un'entità autonoma e quantitativamente corrispondente al prezzo e al profitto del reato.

La differente funzione svolta dal prezzo e dal profitto del reato rileva anche riguardo al risarcimento del danno. Infatti, qualora non residuasse più alcun profitto o prezzo del reato a seguito dell'azione di

---

<sup>72</sup> a favore della natura penale della riparazione pecuniaria v. A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., p. 1123 parla di pena pecuniaria con valenza afflittiva; , F. Cingari, *Una prima lettura*, cit., p. 810 parla di natura sostanzialmente punitiva, in quanto «volta a potenziare l'efficacia general-preventiva e retributiva dell'apparato sanzionatorio dei delitti anticorruzione.»; M. Romano, *I delitti*, cit., p. 343 secondo cui è «sostanzialmente una pena»;

<sup>73</sup> Secondo S. Seminara, *Riflessioni*, cit., p. 564 sono sovrapponibili nell'oggetto; anche N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p.40 parla di sovrapposizione contenutistica; L. Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, AA.VV., pp. 188-189 parla di totale sovrapponibilità all'ambito di applicazione della confisca di cui all'art. 322 *ter* c.p.;



risarcimento del danno, la confisca non verrebbe applicata, in quanto non esplicherebbe la propria funzione<sup>74</sup>; al contrario, seppur i profitti e i prezzi derivanti fossero neutralizzati dal risarcimento del danno, non pregiudicherebbe l'operatività della riparazione pecuniaria, visto che i profitti e i prezzi fungono esclusivamente da parametro e non da oggetto della misura. Infatti, la disposizione dell'art. 322 *quater* richiama l'autonomia dell'azione di risarcimento del danno rispetto all'operatività della riparazione pecuniaria.

Dalla diversa funzione svolta dal profitto e prezzo del reato si deduce la differente finalità perseguita dalle misure in esame.

Da un lato la confisca, finalizzata a neutralizzare la pericolosità delle res in mano al reo, cosicché non delinqui più in ottica special-preventiva; dall'altro, la riparazione pecuniaria, finalizzata ad aggravare il carico afflittivo del reo con un'ulteriore ablazione patrimoniale parametrata sulla base del profitto e del prezzo derivanti dal reato.

La differente funzione svolta dal prezzo e dal profitto del reato, invece, si fa sbiadita quando si rende necessario il ricorso della confisca per equivalente.

Nella confisca di valore si procede alla ablazione di una somma di denaro pari al profitto e al prezzo del reato. In tal caso viene meno il nesso di pertinenzialità tra res e reato, in quanto la somma confiscata è un equivalente del prezzo e del profitto conseguito realmente dalla condotta illecita<sup>75</sup>.

È evidente come la funzione del prezzo e del profitto del reato nella confisca per equivalente e nella riparazione pecuniaria si sovrappongono. In entrambi i casi il prezzo e il profitto del reato sono strumenti per parametrare la somma richiesta al reo come equivalente nella confisca, invece come sanzione nella riparazione pecuniaria.

In tal modo, si assiste anche ad una sovrapposizione funzionale. Entrambe le misure, in virtù della loro vocazione punitivo-sanzionatoria, sono ispirate da una logica general-preventiva, nella conclamata logica del *crime doesn't pay*<sup>76</sup>.

Il concorso tra confisca per equivalente e riparazione pecuniaria concretizza notevolmente il rischio sia della violazione del principio di proporzionalità in ambito sanzionatorio, che, conseguentemente, della

---

<sup>74</sup> M. Mantovani, *Il rafforzamento*, cit., p. 617 ritiene che la differenza tra confisca e riparazione pecuniaria in funzione dei diversi effetti che il risarcimento del danno esplica nei confronti dell'uno e dell'altro; di questo avviso anche V. V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit., p.287 riguardo alla confisca tributaria ex art. 12 *bis* del D. Lgs. 74 del 2000 introdotta dal D. Lgs. 24 settembre 2015, n. 158; la non cumulabilità tra risarcimento e confisca anche Idem, la riforma, p. 15; tale dato è, inoltre, confermato dalla giurisprudenza ex plurimis Cass., sez. III, 19 giugno 2012, n. 33587; Cass., Sez. III, 20 maggio 2015, n. 20887; vi è anche chi v. N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p. 40, che vede un eventuale cumulo tra risarcimento e confisca;

<sup>75</sup> il giudice deve indicare solo l'importo complessivo del prezzo o del profitto del reato e non anche i singoli beni da apprendere così Cass. Pen., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 24430;

<sup>76</sup> secondo N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p. 41 la confisca è, infatti, finalizzata a privare il reo dell'utilità conseguite secondo la logica del *crime doesn't pay*; V. Mongillo, *Le riforme*, cit., p.14, secondo cui «entrambe le misure sono animate dal principio di giustizia secondo cui il "crimine non deve pagare"»; dello stesso avviso anche M. Donini, *Septies in idem*, cit., pp. 2284 ss.;

violazione del principio di *ne bis in idem* sostanziale, in quanto determinano un'ingiustificata e non ragionevole duplicazione sanzionatoria<sup>77</sup>.

Inoltre, il “demone” di un eventuale *bis in idem* è accentuato dalla conclamata natura sanzionatoria sia della confisca per equivalente<sup>78</sup> che della riparazione pecuniaria di cui all'art. 322 *quater* c.p. alla luce dei criteri *Engel*.

Il principio di *ne bis in idem* sostanziale esprime una garanzia fondamentale in grado di proteggere l'individuo dal rischio di irragionevoli duplicazioni sanzionatorie.

In particolare, le Corti Europee hanno conferito al principio di *ne bis in idem* una dimensione, oltre che processuale<sup>79</sup>, sostanziale<sup>80</sup>.

Come riscontrato dalla Corte EDU<sup>81</sup> il principio di *ne bis in idem* non è assoluto<sup>82</sup>, ma si concretizza alla stregua del singolo caso concreto<sup>83</sup>.

Secondo la giurisprudenza europea solo grazie all'utilizzo di determinati parametri in grado di visualizzare il contesto di applicazione delle sanzioni in esame è possibile riscontrare o meno una duplicazione sanzionatoria tanto da compromette la tenuta del principio di *ne bis in idem*.

Ciò che si richiede è, in prima istanza, l'identità del fatto e la conseguente doppia sanzione irrogata. Inoltre, è richiesto che tra le sanzioni applicate vi sia identità degli scopi e delle funzioni che ne sono portatrici. Successivamente, si deve analizzare se vi sia contestualità e coordinamento nella raccolta e valutazione delle prove che portano all'accertamento del fatto e all'irrogazione della duplice sanzione. Poi è necessario che siano irrogate contestualmente e non in due periodi differenti<sup>84</sup>. Inoltre, è necessario che siano prevedibili in astratto le due sanzioni. E in ultimo che la pena complessiva non sia complessivamente sproporzionata<sup>85</sup>.

---

<sup>77</sup> di questo avviso V. Mongillo, *La legge “spazzacorrotti”*, cit, pp. 288-289 secondo cui l'oggetto della riparazione pecuniaria «si tratta, a ben vedere, dello stesso “valore” sui cui ricade la confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p.p.»; ancora Idem, la riforma p. 14; A. Spina, *Dalla punizione alla riparazione?*, cit., 1123; M. Romano, *I delitti*, cit, p. 346; N. Pistilli, *Le modifiche*, cit., p. 42; di questo avviso anche L. Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., pp. 188-189; anche M. Donini, *Septies in idem*, cit., pp. 2284 ss., secondo cui la riparazione configurerebbe un'ulteriore confisca della somma corrispondente al malto;

<sup>78</sup> Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617 e più recentemente Cass. Pen., Sez. III, 8 luglio 2019, n. 29533.; sul tema *ex multis* E. Mezzetti, *Profitto e prezzo confiscabili*, cit., p.6; G. Biondi, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio?*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), p.5; ancora F. De Simone, *La “piccola” modifica della confisca per equivalente a un anno dalla legge 190 del 2012*, in *Cass. Pen.*, 3, 2014, p. 774;

<sup>79</sup> dimensione processuale sancita nella Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia; per commento v. A. F. Tripodi, *Uno più uno (a Stasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione de mercato*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it);

<sup>80</sup> N. Madia, *Ne bis in idem europeo, la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*, in *Cass. Pen.*, 2, 2019, p. 665 e p. 672;

<sup>81</sup> prima tra tutte la Corte EDU, 15 novembre 2016, A. e B. contro Norvegia; commento di F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it);

<sup>82</sup> N. Madia, *Ne bis in idem europeo*, cit., p. 666 secondo cui, anche con riferimento alla pronuncia della Corte Costituzionale 24 gennaio 2018, n.43, la regola di *ne bis in idem* cessa di agire come regola inderogabile;

<sup>83</sup> a sostegno della valenza casistica del principio di *ne bis in idem* M. Donini, *Septies in idem*, cit., pp. 2284 ss.;

<sup>84</sup> N. Madia, *Ne bis in idem europeo*, cit., p. 675 in relazione a quanto statuito dalla Corte EDU, 15 novembre 2016, A. e B. contro Norvegia «sufficiently close connection in substance and in time»; v. anche A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi*, cit., pp. 1047 ss.;

<sup>85</sup> Corte EDU, 15 novembre 2016, A. e B. contro Norvegia, §133; come dimostra anche N. Madia, *Ne bis in idem europeo*, p. 667;

Da ultimo, anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>86</sup> richiede, affinché sia possibile il cumulo punitivo, la presenza di indici sintomatici tali da consentire una deroga al principio di *ne bis in idem* ai sensi degli artt. 50 e 52 CDFUE.

In particolare, la Corte di giustizia UE evidenzia il carattere teleologico delle due misure.

La differente funzione svolta dalle sanzioni applicate permettono il cumulo punitivo in quanto il carico sanzionatorio non si pone in contrasto con i principi di adeguatezza e proporzionalità<sup>87</sup> affinché non si verifichi un *bis in idem* è necessario che le due misure, oltre a creare un carico sanzionatorio sproporzionato, siano espressione di due differenti funzioni di interesse pubblico.

Ora si tratta naturalmente di comprendere se il principio di *ne bis in idem* sostanziale tenga alla stregua di un eventuale concorso tra confisca di valore e riparazione pecuniaria<sup>88</sup>.

Innanzitutto, è necessario stabilire che esse vengono applicate in un unico procedimento, a seguito di un'unica fase istruttoria.

Si tratta, infatti, di un'ipotesi di *bis in idem* "interna" in quanto il cumulo sanzionatorio si verifica a seguito di un unico procedimento.

È altrettanto necessario stabilire che le due misure svolgono la medesima funzione punitiva-afflittiva. Difatti, entrambe costituiscono, alla luce dei criteri interni ed europei, sanzioni di carattere penale. Per questo motivo, esse realizzano un trattamento sanzionatorio alquanto sproporzionato nei confronti del reo.

Sia la confisca di valore che la riparazione pecuniaria incidono profondamente e ingiustamente nella sfera patrimoniale del reo, procurando un'irragionevole ed ingiusta duplicazione sanzionatoria. Un eccesso di rigore sanzionatorio della sommatoria delle sanzioni patrimoniali richiamate rispetto al patrimonio dell'autore dell'illecito.

Tale sproporzione frustra inevitabilmente con il principio di *ne bis in idem*, in quanto concretizza una sostanziale duplicazione sanzionatoria, contraria sia ai canoni di proporzionalità<sup>89</sup> che di ragionevolezza<sup>90</sup>.

Nondimeno, è agevole riscontrare, che entrambe le misure incrinano la tenuta del principio sancito dalla costituzione ai sensi dell'art. 27 co.3, secondo cui la pena è finalizzata alla rieducazione del reo<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 2 marzo 2018, cause C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate* e a.; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, per commento v. A. Galluccio, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3, 2018, pp. 286 ss.; e B. Nascimbene, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte e Giustizi dell'Unione Europea*, in *Sistema Penale*, 4, 2020, p. 98 secondo cui la Corte di Giustizia UE compie un percorso analogo a quello della Corte EDU con particolare attenzione ai criteri che consentono cumulo;

<sup>87</sup> B. Nascimbene, *Il divieto di bis in idem*, *cit.*, p. 101, secondo cui «Proporzionalità e adeguatezza, d'altra parte, sono i criteri che la Corte di giustizia indica al giudice nazionale per valutare la legittimità, rectius la conformità al diritto UE del possibile cumulo dei procedimenti e delle sanzioni previste dal diritto nazionale»;

<sup>88</sup> in senso contrario A.F. Tripoti, *Cumuli punitivi*, *cit.*, pp. 1047 ss., secondo cui tali criteri sono tarati sulla relazione strutturale o valoriale tra più fattispecie incriminatrici e comunque divieti e non su cumuli punitivi;

<sup>89</sup> v. A.F. Tripoti, *Cumuli punitivi*, *cit.*, pp. 1047 ss., secondo cui si cerca di ricondurre ipotesi di doppio binario sanzionatorio cumulativo attraverso il metro della proporzionalità;

<sup>90</sup> Ragionevolezza richiamata da M. Romano, *I delitti*, *cit.* p. 347; e da V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, *cit.* p. 289;

<sup>91</sup> L. Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, *cit.*, pp. 188-189;

Per questo motivo, si auspica un futuro intervento legislativo di coordinamento, non solo tra la riparazione pecuniaria e la confisca di valore, ma tra tutte le misure di carattere patrimoniale, affinché si eviti un'irragionevole, ingiusta e sproporzionata duplicazione sanzionatoria<sup>92</sup> e si ritrovi un grado di equità sanzionatoria tale da non creare fratture costituzionali e convenzionali.

---

<sup>92</sup> V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti"*, cit, p. 291 secondo cui «in materia di strumenti di ablazione patrimoniale, allo stato, un sistema non esiste (e mai esisterà)»; M. Donini, *Septies* in idem., cit., pp. 2284 ss. secondo cui si sente la necessità di meccanismi di assorbimento, compensazione e rivalutazione del carico sanzionatorio.



## **L'accesso transfrontaliero alla prova informatica. Oltre il principio di territorialità**

a cura del **Dott. Giulio Soana**<sup>1</sup>

### **ABSTRACT**

L'avvento di internet e del *cloud computing* ha comportato un cambiamento qualitativo in termini di struttura dell'azione umana; in particolare, la digitalizzazione delle interazioni ha comportato una modificazione della portata spaziale dell'agire: mediante internet l'individuo si libera dai suoi limiti corporali e può operare ben oltre la propria portata fisica. Tale modificazione ha avuto una diretta ripercussione sull'azione criminale; invero oggi buona parte delle indagini in ambito penale contengono almeno un elemento di transnazionalità. Tale realtà è ancor più accentuata se si considera la prova informatica: l'ascesa dei servizi di archiviazione remota comporta che, anche in indagini prettamente nazionali, i dati possano essere localizzati in Stati Terzi. In particolare, il dato informatico ha subito un processo di dematerializzazione che ha causato una progressiva irrilevanza e randomizzazione della sua posizione fisica. A fronte di questo panorama le autorità investigative si trovano sempre più costrette entro i limiti territoriali che tradizionalmente le caratterizzano; mentre i criminali si sono velocemente adattati alle innovazioni che la tecnologia proponeva la macchina di repressione penale ha faticato ad innovare la propria struttura ed adattarsi al "nuovo mondo". Tale ritardo ha causato una crescente pressione mediatica e politica ad evitare sacche di impunità, a fronte di tale pressione e delle lungaggini della cooperazione multilaterale le autorità hanno intrapreso una serie di azioni unilaterali che hanno generato una tensione crescente sui fornitori di servizi internet nonché dispute giudiziarie.

Al fine di fornire una risposta unitaria e strutturale a questo problema il legislatore statunitense prima, mediante il CLOUD Act, quello Europeo poco dopo, mediante la proposta di direttiva sulla e-evidence, hanno introdotto normative che estendono il potere delle proprie autorità investigative ben oltre i propri limiti territoriali. Tale indirizzo, seppur efficace nel breve periodo, trascura gli effetti di lungo periodo che

---

<sup>1</sup> Giulio si è laureato in Giurisprudenza presso l'Università di Roma Tre con la votazione di 110 cum laude. Ha lavorato come Blue Book trainee presso la Commissione Europea, prestando servizio nell'Ufficio Europeo Antifrode (OLAF). Attualmente è Dottorando presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma dove lavora su un progetto di ricerca intitolato "Block-chain and traceability of illicit financial flow. From risk to opportunity".

tale approccio può causare: l'estensione unilaterale del potere investigativo è destinata a creare una situazione di far west in ambito di accesso ai dati informatici con crescenti conflitti normativi, e politici, tra stati. Piuttosto che un'azione ciecamente volta a risolvere il problema dell'oggi, il legislatore si dovrebbe, invece, interrogare sull'obsolescenza dei principi della scienza penalistica tradizionale a fronte della digitalizzazione; in particolare, tale nuova realtà urge un ripensamento del principio di territorialità in favore di altri parametri che meglio descrivano l'attuale realtà: il principio di territorialità basa la sua valenza epistemologica sulla limitatezza e corporalità dell'azione umana, in un mondo incorporale e a-territoriale esso perde la sua funzione di discriminare tra ciò che pertiene ad uno e ciò che pertiene ad altro ordinamento, altri principi, quale ad esempio la pertinenza, sembrano essere più adatti a regolare l'azione penale e, soprattutto, a circoscriverla entro limiti accettabili.

## **ABSTRACT**

Internet and cloud computing brought about an essential qualitative change to the structure of human actions. Eminently, the digitalization of human interactions has modified its spatial reach: through internet, the individual is freed from its corporal boundaries and can operate way beyond its physical reach. This modification has directly affected criminal behaviors: nowadays a major share of criminal investigations entails an element of transnationality. Such reality is emphasized in the field of e-evidence: the surge of cloud storage services implies that, even in largely national investigations, data may be located in third countries. In this sense, it can be argued that the informatic data has experienced a process of dematerialization which has caused a progressive irrelevance and randomization of physical location. Against this background, investigative authorities are increasingly constrained within their traditional territorial borders. While criminals have rapidly adapted to technological innovation, the criminal justice system has struggled to innovate its structure and adapt to this "new world". Such delay has caused a growing media and political pressure in order to avoid blind spots. Faced with such pressure and by the lengthiness of multilateral cooperation, authorities have undertaken a series of unilateral actions which have generated a growing stress on internet service providers.

In order to provide a unitary and structural solution to this problem, the US lawmaker, through the CLOUD act, shortly followed by the European one, with the proposed e-evidence directive, has introduced legislations (or proposals) which extend the reach of their investigative authorities well beyond their territorial borders. Such line of action, while effective in the short-term, disregards its long-term effects: the unilateral extension of the investigative power will create a far west situation in the area of trans-border access to e-evidence with growing legal as well as political conflicts among states. Rather than a course of action that blindly pursues the problems of today, the policy maker should instead reflect on the obsolescence of the founding principles of criminal law.

Eminently, the current state of affairs urges a reconsideration of the principle of territoriality in favor of new parameters which better describe human action; indeed, the principle of territoriality is rooted in the corporal limits of human actions. Once the latter fall, also the epistemological validity of this principle does. Other principles, as the principle of relevance, could better fit the current situation and, at the same time, guarantee the effectivity and sensibleness of the criminal justice system.

### **Parole chiave**

Prova informatica – Territorialità – Criminalità Transnazionale – CLOUD Act – E-evidence Regulation

**Sommario:** 1. Introduzione – 2. Tra la padella e la brace. Il ruolo dei fornitori di servizi internet – 3. La parola al legislatore. Il CLOUD act – 4. La risposta continentale: la proposta di regolamento sull'accesso transfrontaliero alla prova informatica – 5. Un nuovo approccio. Spunti dal GDPR



## 1. Introduzione

Se vi chiedessi dove si trova l'ultima email che avete ricevuto, quanti di voi mi risponderebbero in un bunker nelle campagne irlandesi o nel bel mezzo del deserto della California?

Ebbene è questa discrasia tra percezione, implementazione e realtà normativa l'oggetto del presente lavoro. Tale discrasia è legata a doppio filo a quello che è, probabilmente, il maggiore avanzamento tecnologico degli ultimi anni: internet<sup>2</sup>.

Internet ha comportato una modificazione essenziale delle forme di manifestazione dell'agire umano; in particolare ha influito su un elemento di tale agire, la sua necessaria localizzazione. Con ciò si intende il fondamentale limite, coesistente alla corporalità dell'uomo, per cui si può intaccare e quindi, in termini penalistici, danneggiare, offendere, sottrarre, solo ciò che si ha a portata di mano. Internet ha cambiato questo postulato dell'agire liberandolo, in un certo senso, dai limiti della sua corporalità e permettendogli, quindi, di danneggiare, offendere, sottrarre ben oltre i limiti convenzionali<sup>3</sup>.

In tal senso un individuo può, comodamente dal proprio salotto, gestire un mercato nero multimilionario dove si scambia di tutto da partite di cocaina a materiale pedopornografico<sup>4</sup> facilitando la vendita di tali prodotti e, pertanto, la commissione di reati in giro per il mondo.

Tale nuova realtà, in termini di epidemiologia dell'azione umana, comporta una sfida esistenziale al sistema della giurisdizione penale per come delineato dai codici novecenteschi. Invero, in tali codici parametro fondamentale nella scelta del foro competente è il principio di territorialità<sup>5</sup>: tale principio predica la competenza del foro nel cui territorio l'azione si è esplicitata, ovvero la connessione tra la preminenza del principio di territorialità e le precedenti limitazioni territoriali dell'agire umano è evidente<sup>6</sup>;

---

<sup>2</sup> Come affermato da J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, in *J. Nat'l Sec. L. & Pol'y*, 2015, 8, 489, <<when one stores data in the cloud, one often has no idea – and no control – over where his or her data is held at any given moment>>.

<sup>3</sup> <<In the past, a nation's border acted as a barrier to the development of many criminal enterprises, organisations and conspiracies. The advent of the Internet as a business and communication tool has erased these borders>> in S. Kader, A. Minnaar, *Cybercrime Investigations: Cyber-Processes for Detecting of Cybercriminal Activities, Cyber-Intelligence and Evidence Gathering*, in *Acta Criminologica: African Journal of Criminology & Victimology*, 2015, 5, 72.

<sup>4</sup> Si veda in questo senso il proliferare dei dark market sul deep web (e.g. Silk Road, Alpha Bay ...).

<sup>5</sup> Nell'ordinamento italiano vige il principio di territorialità per come dettato dall'art. 6 c.p. ove si stabilisce che <<chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge penale>>; questo principio è la conseguenza immediata e diretta della sovranità statale ed ha la sua ragione sia nella constatazione che la legge penale può imperare solo dove ha la forza di imporsi sia nella circostanza che, salvi casi speciali, lo Stato non ha neppure interesse a punire fatti che avvengono fuori dal suo territorio; cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Giuffrè, Milano, 1985, 101. Il principio di territorialità è temperato da 7 a 10, prevedendosi, tra l'altro all'art. 7 nr. 5, la giurisdizione penale italiana per fatti commessi fuori dal territorio nazionale laddove previsto da leggi speciali o convenzioni internazionali le quali ultime sono spesso incentrate sul principio di universalità collegato a fatti che per la loro gravità offendono la coscienza umana e ledono interessi superiori a quelli particolari dei singoli stati. In ordine a recenti casi di affermata giurisdizione penale italiana per condotte commesse fuori dal territorio nazionale, Cass. pen., sez. II, n. 26825, del 20 Giugno 2013; Cass. Pen., sez. VI, n. 15977, del 27 Febbraio 2015; si veda D. Micheletti, *Reato E Territorio*, in *Criminalia*, 2009, p. 579.

<sup>6</sup> Come affermato ai tempi da F. Dean, *Norma Penale E Territorio*, Giuffrè, Milano, 1962, 17, <<la prevalenza del criterio territoriale di collegamento si giustifica (...) con l'indifferenza dell'ordinamento, almeno in linea di principio, per le condotte delittuose che offendono beni di un ambiente sociale diverso da quello, nel qual lo Stato esprime la pretesa del pieno controllo della vita giuridica>>; si veda anche R. J. Currie, *Cross-Border Evidence Gathering in Transnational Criminal Investigation: Is the Microsoft*

altrettanto evidente è la fragilità di questo principio al venir meno del postulato su cui poggia la sua valenza fenomenica.

Questa crisi non ha colpito soltanto la scelta del foro competente in sé bensì anche un elemento ad esso strettamente legato: la dispersione spaziale della condotta umana comporta che le tracce, indizi o prove, necessarie a ricostruirla perdano quella territorialità che le aveva finora caratterizzate<sup>7</sup>. Invero, più le attività umane passano dall'analogico al digitale più le tracce a queste collegate si dematerializzano e si sganciano da uno specifico spazio o territorio<sup>8</sup>.

In questo senso la prova informatica è essenzialmente globale, volatile e fragile: globale, in quanto non legata ad alcun territorio nello specifico se non a quello virtuale; volatile, in quanto data la sua immaterialità può facilmente migrare da un luogo all'altro nel giro di pochi secondi<sup>9</sup>; fragile, in quanto la sua esistenza è tendenzialmente a tempo essendo i dati conservati per periodi più o meno limitati per essere poi sovrascritti<sup>10</sup>.

Ebbene questa modifica nell'oggetto dell'indagine penale intacca, oltre al già richiamato principio di territorialità<sup>11</sup>, un altro principio ad esso sottostante: la sovranità interna degli Stati<sup>12</sup>. Invero, l'attività investigativa è intimamente legata al potere esclusivo dello Stato di comandare obbedienza all'interno del proprio territorio<sup>13</sup>. Da tale esclusività deriva, *a contrario*, che qualunque attività investigativa svolta sul territorio di altro Stato comporti un'offesa alla sovranità di quest'ultimo<sup>14</sup>. Per tale ragione pubblicistica, l'investigazione penale è stata storicamente legata ai limiti territoriali dello Stato e ogni attività investigativa extraterritoriale viene condotta mediante i meccanismi della delega ovvero del consenso<sup>15</sup>; è

---

*Ireland Case the "Next Frontier"?*, in *Canadian Yearbook of International Law/ Annuaire canadien de droit international*, 54, 2017, 74; A. M. S. Maghaireh, *Jordanian Cybercrime Investigations: A Comparative Analysis of Search for and Seizure of Digital Evidence*, 2009, p. 246.  
<sup>7</sup> <<Just as crime has become increasingly global, evidence gathering has followed suit>> in A. K. Woods, *Against Data Exceptionalism*, in *Stan. L. Rev.*, 68, 2016, 745; vedi anche J. Ng, *International Cybercrime, Transnational Evidence Gathering and the Challenges in Australia: Finding the Delicate Balance*, in *International Journal of Information and Communication Technology*, 9/2, 2016, 178.  
<sup>8</sup> A. K. Woods, *Mutual Legal Assistance in the Digital Age*, in *The Cambridge Handbook of Surveillance Law* (David Gray & Stephen E. Henderson, eds., 2017, Forthcoming), 2017, 660, <<digital criminal evidence – evidence that would historically have been physically located in the same jurisdiction as the crime – is now very often stored in the cloud, and often with a service provider that is foreign>>.

<sup>9</sup> D. Chankova, R. Voynova, *Towards New European Regulation for Handling Electronic Evidence*, in *US-China L. Rev.*, 15, 2018, 122.

<sup>10</sup> M. D. Cole, T. Quintel, *Transborder Access to E-Evidence by Law Enforcement Agencies*, in *University of Luxembourg Law Working Paper*, 2018-010, 2018, 1; I. Schwerha, J. Joseph, *Law Enforcement Challenges in Transborder Acquisition of Electronic Evidence from "Cloud Computing Providers"*, in *Council of Europe Project on Cybercrime Discussion Paper*, 2010, 13.

<sup>11</sup> S. Tosza, *All Evidence Is Equal, but Electronic Evidence Is More Equal Than Any Other: The Relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020, 8.

<sup>12</sup> P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, in *New journal of European criminal law*, 9/3, 2018, 327.

<sup>13</sup> F. Dean, *Norma Penale E Territorio*, cit., 16; R. J. Currie, *Cross-Border Evidence Gathering in Transnational Criminal Investigation: Is the Microsoft Ireland Case the "Next Frontier"?*, cit., 70, "The rules around jurisdiction arise from the nature of state sovereignty and are, in fact, a primary manner in which states channel their sovereign power vis-a-vis other states".

<sup>14</sup> In merito si veda la Sentenza Lotus emessa dalla Corte di Giustizia Permanente nel 1927, come richiamata da P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, cit., 331.

<sup>15</sup> cfr. C. Amalfitano, *conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, Milano, 2006, pag. 2 e ss. ove evidenza che "nell'ambito del diritto internazionale generale vige la norma che impone agli Stati di rispettare l'altrui sovranità territoriale, essendovi un obbligo di non ingerenza e dunque di astensione dal penetrare e dall'esercitare attività coercitive in territorio sottoposto alla sovranità straniera

chiaro come un siffatto sistema risulti travolto nel momento in cui l'attività di indagine passa da eccezionalmente extraterritoriale a eccezionalmente territoriale<sup>16</sup>.

Il mutato stato di fatto ha incentivato, sin dal termine del secolo scorso, un'intensa attività di riflessione a livello nazionale e sovranazionale<sup>17</sup>. Inizialmente i legislatori hanno tentato la strada del multilateralismo. Miglior esempio di questo sforzo è la Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica adottata nel 2001 dal Consiglio d'Europa in formazione allargata. Nonostante questi sforzi l'approccio multilaterale si è rivelato tendenzialmente lento e poco efficace<sup>18</sup>: l'impatto di questa normativa su principi di grande valenza politica ancor prima che giuridica, quali la sovranità, ha comportato una indisponibilità degli Stati a prendere decisioni coraggiose le quali perseguissero una seria politica di governance multilaterale a livello globale o, quantomeno, regionale. Purtroppo mentre a Roma si discuteva Sagunto era espugnata; invero, la criminalità ha immediatamente colto le immense potenzialità offerte da internet ed ha iniziato a farne un uso massiccio.

Ciò ha comportato una crescente pressione sugli organi investigativi e politici a trovare soluzioni per salvaguardare il corretto funzionamento della macchina penale. All'inizio del nuovo millennio casi quali il "Love Bug"<sup>19</sup> hanno palesato l'insufficienza dell'attuale sistema ai fini del contrasto alla criminalità informatica; di fronte a questo mutato scenario e al fallimento dell'approccio multilaterale gli Stati si sono viepiù mossi verso una strategia unilaterale<sup>20</sup>. Tale approccio, nell'ambito dell'accesso alla prova informatica, ha provocato rilevanti dibattiti nonché impasse politico-istituzionali. Invero, la stretta correlazione esistente tra sovranità e potere investigativo territoriale ha causato forti resistenze in risposta agli ampliamenti unilaterali della potestà di comando da parte di alcuni Stati<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> S. W. Brenner, J. J. Schwerha Iv, *Transnational Evidence Gathering and Local Prosecution of International Cybercrime*, cit., 5, "it has been claimed that over 80% of cybercrime in Germany is international in nature"; S. W. Brenner, J. J. Schwerha Iv, *Transnational Evidence Gathering and Local Prosecution of International Cybercrime*, in J. Marshall J. *Computer & Info. L.*, 20, 2001, 366; J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, cit., 475.

<sup>17</sup> L. Buono, *The Genesis of the European Union's New Proposed Legal Instrument (S) on E-Evidence*, in *Era Forum*, 19, 2019, 312; P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, cit., 329

<sup>18</sup> P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, cit., 328.

<sup>19</sup> Sul punto si veda S. W. Brenner, B. Kooops, *Approaches to Cybercrime Jurisdiction*, in *J. High Tech. L.*, 4, 2004, 7.

<sup>20</sup> Come evidenziato da R. Rahman, *Legal Jurisdiction over Malware-Related Crimes: From Theories of Jurisdiction to Solid Practical Application*, in *Computer Law & Security Review*, 28/4, 2012, 413, il quale parla di "lone ranger approach"; si veda anche C. Velasco, *Cybercrime Jurisdiction: Past, Present and Future*, in *ERA Forum*, 16, Springer, 2015, 344; P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, cit., 330; J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, cit., <<Frustrated by delays in accessing data located across territorial borders, several nations are taking action, often unilaterally, and often in concerning ways>>. Come sottolineato da A. K. Woods, *Against Data Exceptionalism*, cit., 751 e *ss* questo approccio unilaterale si sostanzia non solo attraverso interventi normativi, quali l'obbligo di conservazione dei dati in server locali o la possibilità di accedere unilateralmente ai dati, ma anche in attività intimidatorie o di sorveglianza da parte delle forze di polizia nei confronti degli ISP. Tali comportamenti da parte degli organi investigativi rendono chiaramente quanto la situazione in questo settore stia andando fuori controllo.

<sup>21</sup> Tale approccio ha sollevato preoccupazioni tra vari studiosi i quali hanno evidenziato il rischio che tale approccio unilaterale possa creare una situazione da modern "far west"; si veda J. Daskal in P. M. Schwartz, *Legal Access to the Global Cloud*, in *Columbia Law Review*, 118/6, 2018, p. 1741, <<a Balkanized Internet and a race to the bottom, with every nation unilaterally

Buon esempio di tale nuova realtà è il caso che ha contrapposto Russia e Stati Uniti all'inizio degli anni 2000<sup>22</sup>. Questo caso ha visto come protagonisti due hacker russi i quali era sospettati dall'FBI di aver lanciato vari attacchi informatici nei confronti di aziende statunitensi. Dato che i due si trovavano in Russia, l'FBI escogitò un singolare tranello per catturarli e, soprattutto, accedere agli elementi probatori necessari ad incriminarli: il Bureau creò una società schermo mediante la quale inviò ai due hacker un'offerta di lavoro. Una volta giunti in territorio americano, durante il finto colloquio di lavoro l'intervistatore chiese ai due di dimostrare le loro abilità irrompendo nei loro stessi computer in Russia; poco dopo i due furono arrestati per frode informatica ed estorsione. Questo caso ed, in particolare, le modalità mediante le quali la perquisizione da remoto dei computer degli indagati fu effettuata causò una forte reazione da parte russa. Invero, la perquisizione fu realizzata in suolo russo senza alcuna autorizzazione da parte dell'autorità territoriale. L'FBI asserì di essere stata costretta a questo atto dalla mancata cooperazione dei colleghi russi; di tutta risposta le autorità russe incriminarono i due agenti dell'FBI responsabili dell'indagine ed emisero un mandato di cattura per entrambi<sup>23</sup>.

## 2. Tra la padella e la brace. Il ruolo dei fornitori di servizi internet

Differentemente da quanto accade con la prova analogica dove l'apprensione da parte degli organi investigativi è tendenzialmente immediata, l'accesso alla prova digitale è spesso mediato<sup>24</sup>. Ciò in quanto l'utente, quando opera online, è essenzialmente legato, almeno sinora, all'utilizzo di terze parti che permettono la sua attività: i fornitori di servizi internet (ISP)<sup>25</sup>. Questi ISP sono pertanto i custodi di enormi masse di dati che gestiscono, accumulano e rielaborano al fine di fornire i propri servizi e ottenere un profitto da tale attività. Sono proprio questi dati che le autorità molto spesso necessitano a fini investigativi<sup>26</sup>.

---

seeking to access sought-after data, companies increasingly caught between conflicting laws, and privacy rights minimally protected, if at all>>.

<sup>22</sup> S. W. Brenner, J. J. Schwerha Iv, *Transnational Evidence Gathering and Local Prosecution of International Cybercrime*, cit., 15; J. Ng, *International Cybercrime, Transnational Evidence Gathering and the Challenges in Australia: Finding the Delicate Balance*, cit., 180.

<sup>23</sup> S. W. Brenner, J. J. Schwerha Iv, *Transnational Evidence Gathering and Local Prosecution of International Cybercrime*, cit., 15; J. Ng, *International Cybercrime, Transnational Evidence Gathering and the Challenges in Australia: Finding the Delicate Balance*, cit., 180.

<sup>24</sup> M. D. Cole, T. Quintel, *Transborder Access to E-Evidence by Law Enforcement Agencies*, cit., 1.

<sup>25</sup> Sul ruolo degli ISP e sulle criticità legate alla loro regolamentazione si veda C. Del Federico, *ISP liability e attività di hosting: l'inadeguatezza del quadro normativo odierno*, in *Giustizia Civile*, 5, 2015, A. Ingrassia, *Il ruolo degli ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell'ordine? Le responsabilità penali dei provider nell'ordinamento italiano*, in L. Lupària (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*", Giuffrè, 2012, si veda anche, in tema di responsabilità penale diretta degli ISP, A. Baccin, *Responsabilità penale degli ISP e concorso degli algoritmi negli illeciti online: il caso Force v. Facebook*, in *Sistema Penale*, 5, 2020.

<sup>26</sup> C. Velasco, *Cybercrime Jurisdiction: Past, Present and Future*, cit., 340; P. De Hert, C. Parlar, J. Sajfert, *The Cybercrime Convention Committee's 2017 Guidance Note on Production Orders: Unilateralist Transborder Access to Electronic Evidence Promoted Via Soft Law*, in *Computer, Law & Security Review*, 34/2, 2018, 328; S. Tosza, *All Evidence Is Equal, but Electronic Evidence Is More Equal Than Any Other: The Relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, cit., 8; A. K. Woods, *Against Data Exceptionalism*, cit., 742.

Tale realtà ha portato a sviluppare, in quest'area, una proficua collaborazione “informale” tra autorità investigative e ISP al fine di ottenere informazioni in maniera tempestiva e diretta<sup>27</sup>. Nonostante tale trend, più volte il problema della doverosità del rilascio informazioni nonché delle modalità mediante cui queste ultime debbano essere rilasciate.

Codeste criticità sono essenzialmente legate alla natura transazionale delle attività svolte dagli ISP e dei dati richiesti: da una parte, l'archiviazione dei dati gestiti su *cloud*<sup>28</sup> comporta che l'ubicazione di questi ultimi sia sganciata dal luogo in cui l'attività si esplica nonché che tale ubicazione sia altamente volatile e derivante da logiche economiche e di organizzazione aziendale<sup>29</sup>; dall'altra, tali provider operano in varie giurisdizioni e detengono i dati di soggetti localizzati in giro per il mondo.

Quanto sopra comporta che questi operatori si trovino spesso tra la padella e la brace<sup>30</sup>. Invero, data l'incertezza a livello transazionale riguardo gli obblighi su questi gravanti, a fronte di richieste di autorità investigative nazionali gli ISP debbono bilanciare le normative dei paesi dove l'indagine è svolta, di quelli dove i dati sono custoditi, e di quelli a cui i dati afferiscono<sup>31</sup>. Tali ragioni giuridiche devono essere poi bilanciate con ragioni economiche in termini di perdita di fiducia dei consumatori. Invero, a partire dallo scandalo legate alle rivelazioni di Edward Snowden sulle attività di sorveglianza svolte dalla National Security Agency americana<sup>32</sup>, gli utenti sono sempre più interessati alla tutela della propria privacy e tendono a prediligere quei servizi che più strettamente la difendono<sup>33</sup>; in tal senso, la legittimità della collaborazione con gli organi statali è diventata per gli ISP una questione economica e di immagine ancor prima che giuridica.

---

<sup>27</sup> P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, cit., 328; J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, cit., 479.

<sup>28</sup> Sulle criticità che lo sviluppo della tecnologia Cloud pone in termini di accesso alla prova per le autorità investigative si veda P. M. Schwartz, *Legal Access to the Global Cloud*, cit.

<sup>29</sup> S. W. Brenner, J. J. Schwerha Iv, *Transnational Evidence Gathering and Local Prosecution of International Cybercrime*, cit., 6 e ss; S. Tosza, *All Evidence Is Equal, but Electronic Evidence Is More Equal Than Any Other: The Relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, cit., 8, “the territorial approach to the jurisdiction to enforce – that is, based on the location of data – is not only impractical, but also in the process of becoming technologically outdated, given the growth in use of cloud computing”.

<sup>30</sup> P. De Hert, C. Parlar, J. Sajfert, *The Cybercrime Convention Committee's 2017 Guidance Note on Production Orders: Unilateralist Transborder Access to Electronic Evidence Promoted Via Soft Law*, cit., 334 “Service providers are caught in the middle, having to weigh compliance with domestic data protection rules against the importance and urgency of foreign data production orders; P. M. Schwartz, *Legal Access to the Global Cloud*, cit., 1687; J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, cit., 473.

<sup>31</sup> M. D. Cole, T. Quintel, *Transborder Access to E-Evidence by Law Enforcement Agencies*, cit., 2; si veda su questo punto J. Daskal, *Microsoft Ireland, the Cloud Act, and International Lawmaking 2.0*, in *Stan. L. Rev. Online*, 71, 2018, 12, il conflitto esistente tra GDPR e CLOUD Act in termini di obblighi gravanti sugli ISP; S. Tosza, *All Evidence Is Equal, but Electronic Evidence Is More Equal Than Any Other: The Relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, cit., 9.

<sup>32</sup> J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, cit., 486.

<sup>33</sup> C. Velasco, *Cybercrime Jurisdiction: Past, Present and Future*, cit., 343; P. M. Schwartz, *Legal Access to the Global Cloud*, cit., 1691.

Emblematico in tal senso è il caso *Microsoft v USA*<sup>34</sup>. Tale controversia scaturì da un mandato di perquisizione e sequestro emesso da una corte del distretto di New York avente ad oggetto un *account* email di un cliente Microsoft.

La compagnia si oppose a tale richiesta e propose ricorso per l'annullamento dell'ordine. In particolare, *Microsoft* argomentava che, essendo i dati in oggetto ubicati nel *data center* di Dublino, la richiesta dovesse essere veicolata attraverso le autorità irlandesi, contrariamente vi sarebbe stata un'applicazione extraterritoriale della normativa statunitense.

Tali censure furono respinte dal magistrato federale il quale argomentò che il mandato in oggetto andava qualificato come un *subpoena*: in tal senso, avendo *Microsoft* il diretto controllo delle informazioni richieste dalla Corte non vi era ragione per non ottemperare all'ordine. Tale interpretazione fu accolta dalla Corte di primo grado; quest'ultima decisione fu appellata da Microsoft e ricevette un rilevante interesse internazionale, tanto che al processo d'appello parteciparono con *amicus briefs* la Repubblica d'Irlanda, un membro del parlamento europeo, vari think-tank e ONG nonché alcune tra le maggiori aziende tecnologiche a livello internazionale. La Corte d'appello concluse a favore di Microsoft e riformò la sentenza di primo grado nella parte in cui richiedeva l'accesso a dati conservati presso data center esteri. Avverso questa decisione il dipartimento di giustizia propose ricorso presso la Corte Suprema argomentando, tra l'altro, che una tale decisione avrebbe reso poco pratico e estremamente difficile l'accesso alle prove informatiche per le autorità investigative, in quanto tale possibilità sarebbe stata legata alle pratiche interne di archiviazione dell'azienda<sup>35</sup>. Nelle more di tale giudizio è intervenuto il Legislatore introducendo il CLOUD Act, che si avrà modo di analizzare oltre, il quale ha superato la questione introducendo una normativa specifica sul punto.

Al di là del *quid iuris* di questa disputa, che si incentrava sulla qualificabilità del mandato previsto dallo *Stored Communication Act* quale *subpoena* e la volontà del legislatore in termini di applicazione transazionale della normativa statunitense<sup>36</sup>, ci sono due elementi che sono di particolare interesse ai nostri fini.

Primo, la partecipazione al processo della Repubblica d'Irlanda e del Parlamento Europeo da la cifra di come questo non sia semplicemente una questione giuridica bensì primariamente politica<sup>37</sup>; tale

---

<sup>34</sup> C. Velasco, *Cybercrime Jurisdiction: Past, Present and Future*, cit., 341 e ss; M. D. Cole, T. Quintel, *Transborder Access to E-Evidence by Law Enforcement Agencies*, cit., 9.

<sup>35</sup> J. Daskal, *Microsoft Ireland, the Cloud Act, and International Lawmaking 2.0*, cit., 10; si veda su questo punto S. W. Brenner, J. J. Schwerha IV, *Transnational Evidence Gathering and Local Prosecution of International Cybercrime*, cit., 9, i quali affermano che l'utilizzo della tecnologia Cloud comporta frequentemente l'impossibilità per gli organi investigative di accertare l'ubicazione dei dati, <<the lowly law enforcement officer may be forced to do a kind of transborder investigation, or search, in order to find out even in what jurisdiction the data actually resides>>.

<sup>36</sup> J. Daskal, *Microsoft Ireland, the Cloud Act, and International Lawmaking 2.0*, cit., 9

<sup>37</sup> "Power, more than legal concepts, seems to determine the weight given to sovereignty" in P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, cit., 333. La centralità dell'elemento politico/culturale della problematica in oggetto è chiaramente dimostrata dal confronto dei casi "Invita" e "Rome Labs". Invero, mentre nel caso Invita la mancanza di affinità politico/culturale tra USA e Russia portò all'adozione di misure unilaterali da parte dell'FBI, nel caso Rome Labs la collaudata collaborazione tra autorità USA e Scotland

sensazione è confermata dalla soluzione che a questa disputa è stata data: una decisione politica da parte del Congresso. Secondo, tale scontro non origina solamente da questioni di legalità bensì anche e soprattutto da considerazioni di opportunità<sup>38</sup>. Invero, la capacità di garantire il rispetto delle norme all'interno del proprio territorio è coesistente al mantenimento della primazia statale; in quest'ottica è fondamentale per gli Stati evitare che scelte interne a compagnie private, spesso oltretutto straniere, possano impedire il corretto svolgimento dell'esercizio dell'azione penale.

Tali problematiche non sono d'altronde esclusive al sistema statunitense, invero, come evidenziato dal caso *Yahoo v Belgio*<sup>39</sup>, questioni simili si sono poste anche nel vecchio continente. Il caso di specie origina da una richiesta della procura Belga a Yahoo di rivelare gli indirizzi IP collegati a determinati account email mediante i quali erano state compiute frodi informatiche. Il rifiuto di Yahoo di rilasciare queste informazioni causò una disputa legale. Principale argomentazione di Yahoo era che, avendo unica sede in California e non essendo fisicamente presente in Belgio, era unicamente vincolata dalla normativa statunitense e qualunque richiesta avrebbe dovuto essere veicolata attraverso le autorità USA. Dopo una serie di decisioni la questione fu sottoposta alla Corte di Cassazione belga.

Questa decisione<sup>40</sup> fornisce un chiaro inquadramento della problematica qui in esame; i togati riconoscono in apertura che “quale regola generale, uno Stato può imporre misure coercitive al fine di ottenere ottemperanza ai propri ordini solo secondo le proprie leggi e all'interno del proprio territorio, imponendo una tale misura su territorio di altro Stato, si arroga il diritto di comandare extraterritorialmente e viola la sovranità di quest'ultimo (...) pertanto una tale misura può essere imposta solamente quando vi sia sufficiente connessione territoriale tra la misura e il territorio dello Stato”. Tale connessione è individuata dalla Corte per qualunque “operatore o fornitore di servizi che attivamente dirige la propria attività economica a consumatori in Belgio”: nel caso di specie questa attiva direzione è desunta da una serie di elementi di fatto (ad esempio, l'utilizzo del dominio .be, l'uso dell'idioma locale etc.). La soluzione proposta dalla Corte di Cassazione è pertanto qualitativamente differente da quella del caso *Microsoft*; invero, mentre le Corti statunitensi seppur riconoscendo l'extraterritorialità dell'atto ne richiedevano l'ottemperanza sulla base della possibilità per l'ISP di ottemperare, le Corti belghe negano in radice l'extraterritorialità dell'atto<sup>41</sup>.

---

Yard portò all'adozione di un approccio multilaterale. Per un approfondimento su questi due casi si veda S. W. Brenner, J. J. Schwerha IV, *Transnational Evidence Gathering and Local Prosecution of International Cybercrime*, cit., 353.

<sup>38</sup> P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, cit., 349.

<sup>39</sup> C. Velasco, *Cybercrime Jurisdiction: Past, Present and Future*, cit., 340 e ss

<sup>40</sup> Cour de Cassation (Corte di Cassazione), 1 Dicembre 2015, P.13.2082.N (Belgio)

<sup>41</sup> Similmente si veda il caso *Skype v. Belgium* in P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, cit., 344-345.

In tal senso, la pronuncia belga è più restrittiva in quanto, in caso di dati o informazioni ubicati all'estero, non è chiaro se tale collegamento territoriale si verificherebbe<sup>42</sup>.

## 2. La parola al legislatore. Il Cloud Act.

È chiaro come questo non sia un problema che può essere affrontato a livello meramente giurisprudenziale. Invero, la questione in oggetto costituisce una sfida strutturale all'intero approccio penalistico al tema della giurisdizione. Al fine di ridefinire i rapporti di vicinato tra giurisdizioni e garantirne la pacifica convivenza è necessario un profondo ripensamento della materia: una tale opera ricade pienamente nei compiti del legislatore il quale è l'unico ad avere il necessario sguardo d'insieme.

In quest'ottica da entrambe le sponde dell'atlantico sono state avanzate proposte e schemi normativi.

Partendo dagli Stati Uniti la questione della prova informatica è stata affrontata dal Congresso a seguito del caso *Microsoft v. USA*; difatti, come accennato poco prima, nelle more del giudizio presso la Corte Suprema il legislatore è intervenuto introducendo una normativa innovativa in ambito di accesso transnazionale alla prova scientifica il *Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) act*<sup>43</sup>. Questa normativa emenda lo *Stored Communication Act* i cui limiti territoriali erano il fulcro del caso *Microsoft v. USA*. Il *CLOUD act* costituisce d'altronde l'ultimo atto di un processo legislativo iniziato anni prima e che aveva già prodotto diverse proposte legislative<sup>44</sup>; pertanto, il caso *Microsoft* più che sottolineare un problema nuovo semplicemente fornì al legislatore l'espedito politico per approvare una normativa la cui necessità era già sostenuta da tempo.

Questo atto ha introdotto due novità fondamentali.

Primo, il paragrafo 2713 chiarisce che gli ISP devono preservare o rilasciare le informazioni richieste dalle autorità, se queste sono in loro "possesso, custodia o controllo" a prescindere se tali informazioni si trovino entro o al di fuori del territorio degli Stati Uniti. L'ISP può proporre una mozione per l'annullamento di tale richiesta in due casi: 1) se ritiene che il soggetto di cui sono richieste le informazioni non sia un cittadino statunitense o non sia ivi residente; 2) se il rilascio delle informazioni crea un rischio materiale che l'ISP violi la normativa di altro stato. Tale mozione deve essere presentata entro 14 giorni e può essere accolta solo in tre casi: qualora ricorrano i due motivi di cui sopra – mancanza del requisito

---

<sup>42</sup> Tale questione non è peraltro risolvibile nemmeno alla luce del punto 9 della pronuncia secondo cui <<La defense peut être suivie dans son raisonnement relatif au principe de territorialité dans la mesure où la demande porterait sur la cession ou la saisie d'objets ou de données se trouvant aux Etats-Unis, qu'elle n'impliquerait aucune composante territoriale belge et concernerait un détenteur d'objets ou de données qui ne serait pas joignable en Belgique (ni réellement ni virtuellement). Cela peut être le cas du transfert du contenu d'un message électronique ou du contenu et des identités d'un site internet, ce qui diffère substantiellement du transfert de simples données d'enregistrement techniques du courrier électronique (adresses IP et heures)>>.

<sup>43</sup> M. D. Cole, T. Quintel, *Transborder Access to E-Evidence by Law Enforcement Agencies*, cit., 10 e ss.

<sup>44</sup> A. K. Woods, *Against Data Exceptionalism*, cit., 737.



soggettivo o rischio di violazione – ovvero nel caso in cui “sulla base della totalità degli elementi di fatto, l’annullamento o la modifica siano nell’interesse della giustizia”. Questa clausola aperta ha lo scopo di lasciare al giudice un margine di apprezzamento al fine di bilanciare in concreto gli interessi di causa. Tale bilanciamento è, d’altra parte, parzialmente vincolato dalla stessa normativa che elenca una serie di elementi che il giudice deve tenere in considerazione quando lo effettua, quali: l’interesse degli Stati Uniti, l’interesse del Governo straniero, la nazionalità o residenza del soggetto di cui i dati sono richiesti ed il suo collegamento con gli USA, l’utilizzabilità di procedure alternative ...

Secondo, il CLOUD act prevede la possibilità di stipulare accordi esecutivi con “Governi qualificati” i quali superano e snelliscono i tradizionali accordi di assistenza reciproca (MLA). In particolare, tali accordi permetterebbero alle autorità investigative della controparte di richiedere direttamente agli ISP dati presenti su territorio statunitense senza la necessità di passare per l’autorità giudiziaria statunitense. Al fine di poter concludere tali accordi lo Stato deve rispettare specifici standard in termini di rispetto dei diritti umani e di garanzie procedurali. Inoltre, il CLOUD act prevede specifiche procedure e limiti alla possibilità di effettuare tali richieste.

Analizzando questa normativa è chiaro come il CLOUD act non sia uno strumento rivoluzionario. Invero, piuttosto che ripensare concetti quali la territorialità o l’ubicazione dei dati, semplicemente li relativizza. In tal senso, questa normativa non propone alcun principio alternativo che, data l’obsolescenza della territorialità, possa guidare l’interprete, piuttosto predica un indebolimento della territorialità la quale viene sottoposta al superiore interesse della persecuzione penale. Poco importa dove i dati si trovino: se servono, servono. Un timido tentativo di proporre nuovi parametri può essere intravisto nelle linee guida fornite al giudice su come bilanciare l’interesse della giustizia quando valuta una mozione di annullamento. Parametri quali gli interessi dei Governi alle informazioni richieste e i vincoli esistenti tra ISP e oggetto dell’investigazione con gli USA certamente sembrano andare nella direzione di sviluppare una giurisdizione che vada al di là del territorio. Codesti rimangono, però, a livello di linee guida e di certo non assurgono a un ripensamento complessivo del sistema.

D’altra parte, è chiaro come tale relativizzazione della territorialità, seppur costituendo un’efficace soluzione nel breve periodo, si scontra nel lungo periodo con il principio di reciprocità. Questo è un principio cardine del diritto internazionale, in particolare per quanto riguarda il trattamento che gli Stati riservano ai cittadini di paesi terzi. A causa di tale principio, nell’introdurre normative quali il CLOUD act, il legislatore dovrebbe sempre tenere a mente l’insegnamento biblico “ciò che volete gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro”<sup>45</sup>. In tal senso, è da valutare se l’onere per gli ISP di dare accesso ai dati in loro possesso a prescindere dalla loro collocazione territoriale sia desiderabile quando il soggetto

---

<sup>45</sup> Si veda in merito P. M. Schwartz, *Legal Access to the Global Cloud*, cit., 1744, “there is a danger of “diplomatic consequences” from “over-extending the reach of American law enforcement officials (...) as the saying goes, “what’s sauce for the goose is sauce for the gander.”

richiedente sono Stati autoritari o con garanzie giurisdizionali deboli<sup>46</sup>. Invero, seppur l'interesse degli Stati ad evitare intrusioni nella propria sovranità non è più adeguatamente descritto dalla territorialità, almeno in ambito informatico, tale interesse permane; un accesso indiscriminato a tali dati comporterebbe quindi un rischio in termini di perdita di controllo per gli Stati dei dati dei propri cittadini o custoditi entro il loro territorio<sup>47</sup>. Ora è chiaro che tale problematica sia stata considerata dal legislatore statunitense il quale propone una soluzione di potenza al problema. Invero, il CLOUD act prevede un trattamento diseguale tra USA e paesi terzi: mentre le autorità giudiziarie statunitensi possono accedere direttamente ai dati custoditi dagli ISP indipendentemente dalla loro ubicazione, i paesi terzi, al fine di accedere ai dati custoditi in territorio statunitense, devono percorrere la via degli accordi esecutivi previsti dal paragrafo 2523 dello SCA. Nonostante tale dato normativo, l'effettiva ottemperanza da parte dei paesi terzi di tale trattamento diseguale<sup>48</sup> è legittimamente dubbio, come sottolineato dalla proposta della Commissione di cui più avanti.

Infine, l'aver delegato ad aziende private, terze rispetto alla sottostante indagine, la verifica della legalità di atti intrusivi di libertà fondamentali sembra piuttosto forzato<sup>49</sup>; difatti, mediante l'introduzione di un controllo giurisdizionale eventuale su mozione degli ISP, questi ultimi assurgono a custodi dei diritti fondamentali dei loro utenti. Seppur il sistema statunitense non è nuovo ad esternalizzazione di funzioni centrali dell'azione pubblica in questo caso la responsabilità ricadente sugli ISP sembra veramente troppo rilevante.

D'altro canto, deve essere riconosciuto che il CLOUD act costituisce sicuramente un passo avanti in termini di certezza del diritto, nonché una scelta di avanguardia da parte del legislatore statunitense. *In primis*, in quanto questo è sicuramente un ambito che richiederà crescente attenzione negli anni a venire. Il CLOUD act fornisce vari spunti interessante all'interprete ed è una buona base di partenza per quell'attività di ripensamento che sarà necessaria di qui in avanti<sup>50</sup>. *In secundis*, poiché data la rilevante

---

<sup>46</sup> Questo era uno degli argomenti principali di Microsoft nel caso Microsoft v. USA si veda J. Daskal, *Microsoft Ireland, the Cloud Act, and International Lawmaking 2.0*, cit., 10; sul tema si veda anche J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, cit., 482.

<sup>47</sup> "The central premise – that as long as the state has jurisdiction over the provider it can compel production over sought-after data – arguably justifies any country in the world with jurisdiction over any provider (including US-based providers) from compelling, according to their own standards, access to sought-after data. One can easily conceive of a law enforcement free-for-all" in J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, cit., 490; vedi anche E. Kyriakides, *The Cloud Act, E-Evidence, and Individual Rights*, in *Eur. Data Prot. L. Rev.*, 5, 2019, 103; M. D. Cole, T. Quintel, *Transborder Access to E-Evidence by Law Enforcement Agencies*, cit., 18; P. M. Schwartz, *Legal Access to the Global Cloud*, cit., 1740, "in the absence of some mechanism for global data access rules, there is risk of a free-for-all among conflicting rules".

<sup>48</sup> Come affermato da J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, cit., 491, "at the same time that the United States executive branch has been asserting the extraterritorial reach of the U.S. warrant authority in the Microsoft Ireland case, the United States explicitly prohibits foreign governments from doing the same with respect to U.S.-controlled communications content".

<sup>49</sup> In questi termini, seppur in ambito di e-evidence regulation, V. Mitsilegas, *The Privatisation of Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice: The Case of E-Evidence*, SAGE Publications Sage UK: London, England, 2018, 264, "the proposal on e-evidence dispenses with this system by delegating fundamental rights scrutiny to the private sector (...) the proposed system places undue responsibility on private providers to safeguard fundamental rights".

<sup>50</sup> E. Kyriakides, *The Cloud Act, E-Evidence, and Individual Rights*, cit., 106.

confusione ed incertezza che circonda tale materia questa normativa va nella direzione di fornire regole chiare agli ISP riguardo i loro doveri e diritti in questo ambito. *In tertius*, l'introduzione degli accordi esecutivi segnala come, al di là dell'approccio unilaterale<sup>51</sup>, gli Stati Uniti puntino a snellire e rendere efficienti le modalità di collaborazione bilaterale e multilaterale<sup>52</sup>; inoltre, tali accordi dimostrano una grande disponibilità in termini di cessione di pezzi di sovranità seppur a precise condizioni.

### **3. La risposta continentale: la proposta di regolamento sull'accesso transfrontaliero alla prova informatica**

La stagione terroristica che ha scosso l'Europa, abbinata alla riconosciuta inefficacia in ambito di prova informatica degli strumenti investigativi via via introdotti a livello comunitario, ha portato il Consiglio, nel 2018, a richiedere alla Commissione l'adozione di uno strumento che permetta un "rapido accesso transfrontaliero alla prova informatica"<sup>53</sup>.

A seguito di tale raccomandazione, la Commissione ha presentato, a inizio 2019, la proposta di regolamento sulla e-evidence<sup>54</sup>. Questa normativa adotta un approccio nettamente unilaterale<sup>55</sup>, completando quel processo di consolidamento della fiducia reciproca tra Stati Membri<sup>56</sup>. In questo senso, tale nuovo regolamento compie un passo avanti rispetto all'ordine europeo d'indagine<sup>57</sup>, introdotto proprio nel 2017, passando da controllo giudiziale parziale a controllo giudiziale eventuale. Invero, tale regolamento permette alle autorità di uno Stato Membro di ottenere o congelare i dati detenuti da un ISP stabilito in altro Stato Membro direttamente; l'autorità dello Stato dove l'ISP è stabilito sarà coinvolta solo in via eventuale nel caso in cui quest'ultimo si opponga alla richiesta. Altro punto interessante di questa normativa è che abbraccia in pieno, ed anzi supera, l'approccio del CLOUD act. Difatti, il

---

<sup>51</sup> Sulla necessità di muoversi verso un approccio multilaterale P. De Hert, C. Parlar, J. Sajfert, *The Cybercrime Convention Committee's 2017 Guidance Note on Production Orders: Unilateralist Transborder Access to Electronic Evidence Promoted Via Soft Law*, cit., 335, "unilateralism, whether supported by the courts, LEAs or T-CY, should be rather seen as a deadlock than a solution".

<sup>52</sup> P. M. Schwartz, *Legal Access to the Global Cloud*, cit., 1747.

<sup>53</sup> European Council conclusions, 18 October 2018 "Strengthen the capacity to prevent and respond effectively to radicalisation and terrorism, in full respect of fundamental rights. The Commission proposal on preventing the dissemination of terrorist content online should be examined as a matter of priority. Solutions should be found to ensure swift and efficient cross-border access to e-evidence in order to effectively fight terrorism and other serious and organised crime, both within the EU and at international level; the Commission proposals on e-evidence and access to financial information, as well as to better combat money laundering, should be agreed on by the end of the legislature. The Commission should also urgently submit negotiating mandates for the international negotiations on e-evidence. The Commission initiative to extend the competences of the European Public Prosecutor's Office to cross-border terrorist crimes should be examined"; L. Buono, *The Genesis of the European Union's New Proposed Legal Instrument (S) on E-Evidence* cit., 309.

<sup>54</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters, Strasburgo, 17 Aprile 2018.

<sup>55</sup> V. Mitsilegas, *The Privatisation of Mutual Trust in Europe's Area of Criminal Justice: The Case of E-Evidence*, cit., 264.

<sup>56</sup> M. D. Cole, T. Quintel, *Transborder Access to E-Evidence by Law Enforcement Agencies*, cit., 3-5; P. De Hert, C. Parlar, J. Thumfart, *Legal Arguments Used in Courts Regarding Territoriality and Cross-Border Production Orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland*, cit., 333.

<sup>57</sup> Sul punto si veda S. Tosza, *All Evidence Is Equal, but Electronic Evidence Is More Equal Than Any Other: The Relationship between the European Investigation Order and the European Production Order*, cit., 3,21.

regolamento prevede la possibilità per le autorità degli Stati Membri di richiedere la produzione o la conservazione di prove informatiche a prescindere dalla loro ubicazione territoriale<sup>58</sup>.

Nei considerando del regolamento la *ratio* di questa transizione verso l'unilateralità è chiaramente spiegata. Da un lato, la Commissione riconosce la crescente inefficacia dei meccanismi di cooperazione internazionale "a causa della sempre maggiore necessità di accedere tempestivamente alle prove elettroniche a livello transfrontaliero". Tale inefficacia ha portato "un certo numero di Stati membri e di paesi terzi ad ampliare gli strumenti nazionali" causando frammentazione ed incertezza giuridica nonché sollevando "dubbi circa la protezione dei diritti fondamentali e delle garanzie procedurali delle persone interessate da tali richieste". D'altra parte, la Commissione riconosce la crescente inefficacia del criterio dell'ubicazione territoriale nell'ambito della prova informatica, in quanto i "servizi su rete possono essere forniti da qualsiasi luogo e non necessitano di un'infrastruttura fisica, di locali o personale nel paese di destinazione. Di conseguenza, le prove pertinenti sono spesso conservate al di fuori dello Stato che effettua le indagini o da un prestatore di servizi stabilito al di fuori di tale Stato. Sovente non esiste alcun altro collegamento tra il caso oggetto di indagine nello Stato interessato e lo Stato in cui si trova il luogo di conservazione o lo stabilimento principale del prestatore di servizi".

Data questa premessa il regolamento predispone due strumenti: l'ordine europeo di produzione e l'ordine europeo di conservazione.

Partendo dal versante soggettivo, per quanto riguarda l'ambito attivo tale ordine deve essere emesso o quantomeno convalidato da un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero e solo nell'ambito di un procedimento penale. Un'eccezione è prevista in caso di ordine di produzione di dati di contenuto, la cui platea è ristretta all'organo giurisdizionale con esclusione del pubblico ministero data la loro maggiore invasività di tale richiesta. Per quanto riguarda l'ambito passivo, l'ordine deve essere indirizzato al prestatore di servizi<sup>59</sup>: sono sottoposti a codesto ordine tutti i prestatori di servizi che abbiano un collegamento sostanziale con almeno uno degli Stati Membri; tale collegamento sostanziale è stabilito sulla base di criteri piuttosto ampi quali: "il prestatore di servizi abbia uno stabilimento in uno o più Stati membri. In mancanza di stabilimento nell'Unione, il criterio del collegamento sostanziale con l'Unione dovrebbe essere valutato sulla base dell'esistenza di un numero significativo di utenti in uno o più Stati membri, o dell'orientamento delle attività verso uno o più Stati membri. L'orientamento delle attività verso uno o più Stati membri può essere determinato sulla base di tutte le circostanze pertinenti,

---

<sup>58</sup> This seems to be a general trend in this policy area see C. Velasco, *Cybercrime Jurisdiction: Past, Present and Future*, cit., 343.

<sup>59</sup> Definito dall'art. 1 <<la persona fisica o giuridica che fornisce una o più delle seguenti categorie di servizi: (a) servizi di comunicazione elettronica come definiti all'articolo 2, punto 4, della [direttiva che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche]; (b) servizi della società dell'informazione come definiti all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, per i quali la conservazione dei dati è una componente propria del servizio fornito all'utente, tra cui i social network, i mercati online che agevolano le operazioni tra utenti e altri prestatori di servizi di hosting; (c) servizi di nomi di dominio internet e di numerazione IP, quali i prestatori di indirizzi IP, i registri di nomi di dominio, i registrar di nomi di dominio e i connessi servizi per la privacy>>.

tra cui l'uso di una lingua o di una moneta generalmente usata in uno Stato membro. Potrebbe anche desumersi dalla disponibilità di un'app nell'apposito negozio online ("app store") nazionale, dalla fornitura di pubblicità a livello locale o nella lingua usata in uno Stato membro, dal fatto che siano usate informazioni provenienti da persone presenti negli Stati membri nel corso delle attività o dalla gestione dei rapporti con la clientela, ad esempio la fornitura dell'assistenza alla clientela nella lingua generalmente usata in uno Stato membro<sup>60</sup>".

Passando al versante oggettivo, questi ordini possono essere emessi per prove elettroniche, indipendentemente dall'ubicazione dei dati. Tali ordini possono essere emessi per ogni reato in caso di "non-content data" mentre solo per reati puniti con più di tre anni di reclusione e per alcuni reati tipicamente identificati per i "content data".

Come anticipato la partecipazione dell'autorità giudiziaria dello Stato Membro a cui la richiesta è indirizzata è meramente eventuale ed accidentale, essendo ristretta ai casi di non ottemperanza dell'ISP o di richiesta di quest'ultimo di annullamento dell'ordine per motivi specificamente tipizzati.

Questo regolamento, se adottato, costituirebbe un importante passo avanti in termini di poteri investigativi delle autorità giudiziarie europee. Invero, nell'ambito della prova informatica tali autorità giudiziarie potrebbero prescindere da qualunque barriera territoriale ed avere pieno accesso a codeste prova a prescindere dalla loro ubicazione territoriale semplicemente sulla base della operatività dell'ISP su territorio europeo; d'altro canto questo strumento accogliendo l'approccio del CLOUD act ne condivide le criticità già evidenziate<sup>61</sup>.

#### **4. Un nuovo approccio. Spunti dal GDPR.**

Dall'analisi delle soluzioni proposte finora emerge un trend comune: l'incapacità di pensare al di fuori delle categorie di pensiero sviluppate dai codici novecenteschi. Invero, le soluzioni analizzate tutte ruotano intorno al concetto di territorio, provando più o meno esplicitamente a relativizzarlo per motivi tendenzialmente opportunistici.

Tale approccio, chiaramente orientato ad ottiche di efficienza, manca quello sguardo di insieme e di struttura che deve caratterizzare l'azione legislativa. Confrontato con rivoluzioni sociali così profonde il diritto non può che mettere in discussione i suoi stessi principi fondanti che, se funzionavano nel mondo della presenza e dell'azione, non funzionano più nel mondo del remoto e dell'astrazione; per farla semplice, non si può combattere una guerra di trincea con la cavalleria.

---

<sup>60</sup> Si veda il considerando n. 28.

<sup>61</sup> E. Kyriakides, *The Cloud Act, E-Evidence, and Individual Rights*, cit., p. 106.

E' pertanto necessario interrogarsi sulla *ratio* di principi quali la territorialità in modo tale da poterla riadattare alle nuove forme di esplicazione dell'azione umana. Invero, se le modalità sono cambiate i fini del legislatore sono tendenzialmente immutati. La territorialità era un ottimo strumento, nel mondo analogico, per descrivere quella necessità del sovrano di mantenere il controllo sugli interessi a lui pertinenti; in un mondo tendenzialmente territoriale lo Stato ben poteva esplicare il compito di protezione e regolazione dei membri della propria comunità mantenendo il controllo di un territorio chiaramente definito da limiti fisici. Con la ideazione del territorio virtuale tale sufficienza dei limiti fisici ha perso la propria rilevanza, almeno in quest'ambito. Invero, il concetto stesso di territorio è una categoria di pensiero incongruente con l'attività online: l'utente digitale non ragiona in termini di territorio nello svolgimento delle proprie attività quotidiane. Pertanto, la forzatura di tale principio nell'ambiente digitale e la sua necessaria relativizzazione a fini di efficienza non sembra una soluzione sostenibile nel tempo. Difatti, se è vero che il concetto di territorio non è idoneo a descrivere i rapporti esistenti tra dati e Stati, ciò non significa che una totale liberalizzazione dell'accessibilità dei dati ovunque questi siano ubicati sia sostenibile: gli Stati continuano a considerare determinati dati propri, semplicemente tale rapporto di pertinenza non è più descritto dall'ubicazione territoriale di questi ultimi. Da ciò deriva che una liberalizzazione nell'accesso, seppur efficiente nel breve periodo, rischia di scatenare reazioni a catena tra Stati e l'emersione di scontri, provocando in ultima analisi effetti imprevedibili.

Al fine di fornire risposte sostenibili e corrette a questo problema è necessario individuare nuovi parametri che descrivano il rapporto di pertinenza tra dati e Stati nell'ambiente digitale.

In tal senso, la dottrina penalistica può trarre spunto da settori confinanti che già si sono interrogati su questioni similari; di particolare interesse è la soluzione proposta dal regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR). Tale regolamento fornisce una disciplina innovativa in termini di trattamento dei dati in ambito europeo e, ai nostri fini, ciò che rileva è come tale regolamento individui l'ambito di applicazione territoriale della normativa; l'art. 3 chiarisce che la normativa si applica in due casi principali.

Primo, "al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento nell'Unione, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione".

Secondo, "trattamento dei dati personali di interessati che si trovano nell'Unione, effettuato da un titolare del trattamento o da un responsabile del trattamento che non è stabilito nell'Unione, quando le attività di trattamento riguardano: a) l'offerta di beni o la prestazione di servizi ai suddetti interessati nell'Unione, indipendentemente dall'obbligatorietà di un pagamento dell'interessato; oppure b) il monitoraggio del loro comportamento nella misura in cui tale comportamento ha luogo all'interno dell'Unione".

Terzo, “trattamento dei dati personali effettuato da un titolare del trattamento che non è stabilito nell'Unione, ma in un luogo soggetto al diritto di uno Stato membro in virtù del diritto internazionale pubblico”.

Il regolamento sposta, quindi, il fulcro dell'indagine in merito alla territorialità dall'oggetto all'azione. In tal senso rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento non i dati che si trovino nel territorio dell'Unione, bensì quelli che riguardano l'Unione. In tal senso, si potrebbe parlare di uno spostamento del fuoco dall'ubicazione territoriale alla pertinenza del dato rispetto all'ente sovrano. Lo Stato ha interesse a controllare solo quei dati che sono ad esso pertinenti.

Sulla base di questo principio può anche essere ricostruito quel sentimento di giustizia materiale sottostante ai casi Microsoft e Yahoo: invero, in entrambi i casi gli oggetti del contendere - i dati nel caso Microsoft e l'azienda oggetto della richiesta nel caso Yahoo - seppur non territorialmente ubicati negli Stati richiedenti erano pertinenti a questi ultimi in quanto avevano ad oggetto attività effettivamente svolte in quegli Stati<sup>62</sup>.

Tale riflessione vuole costituire una base di partenza per sviluppare un set di parametri che possano esplicitare il principio di pertinenza in modo tale che possa funzionare in ambito penale. La presente analisi non dispone di dati fattuali, né di respiro sufficiente, per poter sviluppare una proposta completa; l'ambizione è, però, che si apra un dibattito dottrinario il quale, sulla base del qui proposto principio di pertinenza, possa comprendere come determinarlo e articolarlo, in modo tale da dare una risposta nuova completa e corretta ad un problema che non potrà che crescere nei prossimi anni.

---

<sup>62</sup> Una proposta in tal senso era già stata avanzata da J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data across Borders: The Evolving Security and Rights Issues*, cit.